

TE Verg Bescheid 2008/6/20 N/0062-BVA/11/2008-7EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.06.2008

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag des A***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Turngeräteüberprüfung" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH 1020 Wien, Lassallestraße 9b sowie durch die Finanzprokuratur, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, 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 Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag des A***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Turngeräteüberprüfung" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch die Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH 1020 Wien, Lassallestraße 9b sowie durch die Finanzprokuratur, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin bis zur Entscheidung über den vom Antragsteller eingebrachten Nachprüfungsantrag die Öffnung der Angebote untersagen, wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Angebotsöffnung vorzunehmen.

Begründung

Die Republik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung Gesellschaft mbH, (in der Folge Auftraggeberin) kündigte mit EU-weiter Bekanntmachung am 6.5.2008 die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich mit dem Ziel eine Rahmenvereinbarung abzuschließen nach dem Billigstbieterprinzip an. Gegenstand des Auftrages ist die jährliche Überprüfung von Turngeräten gemäß ÖNORM B2609. Der Auftrag ist in 9 Lose unterteilt. Die Öffnung der Angebote soll am 23.06.2008 erfolgen.

Der Antragsteller war nach eigenen Angaben von 1986 bis Ende 2007 Vertragspartner des Stadtschulrates für Wien für die Prüfung der Turn- und Sportgeräte an den höheren Schulen des Bundes in Wien, seit 1987 auch Vertragspartner des Landesschulrates für Burgenland, für die gleichen Leistungen im Burgenland sowie seit 1990 Vertragspartner des Landesschulrates für Steiermark, für die gleichen Leistungen in der Steiermark. Anlässlich der Ankündigung der gegenständlichen BBG Ausschreibung erfolgte zum 31.12.2007 die Kündigung der vorgenannten Verträge. Der Antragsteller möchte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligen und mindestens das bisherige, möglichst aber ein noch größeres Auftragsvolumen erlangen.

Auf Grund der vorliegenden Ausschreibung sieht sich der Antragsteller in seinem Recht auf einen fairen Wettbewerb und die Gleichbehandlung aller Bieter beschnitten, weil ihm durch die Ausschreibungs- und Vertragsbedingungen trotz vorhandener Qualifikation verwehrt sei, für alle Lose anzubieten, da die Leistungen nur unzureichend konkretisiert seien, so dass eine exakte Kalkulation der Einheitspreise nicht möglich und nur eine spekulative Preisbildung denkbar sei. Der Antragsteller brachte daher am 13.06.2008 den Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein und führte begründend aus:

Im Punkt 6.3 (Technische Leistungsfähigkeit) der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen werde, um alle Lose anbieten zu können, eine Anzahl von mindestens 9 Mitarbeitern gefordert. Tatsächlich seien jedoch nur ein Techniker und eine Sekretariatskraft erforderlich. Die Forderung nach 9 Mitarbeitern sei weit überzogen, entbehre jeder sachlichen Notwendigkeit und stehe überdies im Gegensatz zum Prinzip der Förderung der Klein- und Kleinstunternehmen.

Im Punkt 6.4.1 Rz 68 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen werde als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein spartenspezifischer Jahresumsatz von EUR 30.000,-- je Los gefordert. Dies stehe jedoch im Widerspruch zu der im Punkt 6.3 geforderten Referenzzahl durchgeführter Prüfungen. Auch mit den für das größte Los (Wien) geforderten Referenzzahlen (43 Turnhallen-Einheiten) werde nämlich bei weitem nicht der geforderte Mindestumsatz erreicht, sondern nur auf Basis der BBG - Kostenschätzung, etwa EUR 5.200,--. Dieses Missverhältnis (6:1) sei geeignet, kleine Unternehmen vom gegenständlichen Vergabeverfahren überhaupt auszuschließen oder zumindest daran zu hindern, eine größere Zahl von Losen anzubieten. Dies treffe auch auf den Antragsteller zu, welcher sich dadurch in seinem Recht auf fairen Wettbewerb und die Gleichbehandlung aller qualifizierten Bewerber beschnitten sehe.

In Punkt 4.3.2 Rz 20 der Rahmenvereinbarung werde bei der Beschreibung der Leistungen neben der Hauptleistung, Prüfung der Turn- und Sportgeräte in einer Turnhalle, noch folgendes gefordert: Prüfung der Turn- und Sportgeräte auf Freiflächen, Abnahme von durch Dritten erbrachte Lieferungen sowie von Wartungs- und/bzw. Reparaturleistungen. Diese "Nebenleistungen" seien aus der Distanz nicht kalkulierbar, denn im Gegensatz zur Prüfung der Turn- und Sportgeräte in Turnhallen, welche auf Grund der weitgehenden Standardisierung des Ausstattungsumfanges einer pauschalen Kalkulation zugänglich seien, verhalte es sich bei Prüfungen auf Außensportanlagen und bei der Abnahme von Wartungs-/ Reparaturleistungen anders. Nicht alle Schulen verfügten neben den Turnhallen auch über Außensportanlagen. Diese seien hinsichtlich ihrer Größe, Ausstattung und ihres Erhaltungszustandes auch höchst unterschiedlich. Dem gemäß unterschiedlich sei auch der jeweilige Prüfungsaufwand. Die pauschale Einbeziehung der Prüfung der Geräte auf diesen Außensportanlagen in die mit einem Pauschalpreis verrechnete Prüfung der Turn- und Sportgeräte sei nicht möglich. Man könne das zwar organisatorisch in einem erledigen, es müsse dafür jedoch jeweils ein gesonderter Mehrpreis kalkuliert und vereinbart werden.

Abnahmen von Lieferungen und Leistungen, so auch zB. von Turngerätewartungen und Reparaturen seien besonders aufwändig, da es zumeist nicht gelinge, mehrere Abnahmen terminlich zu koordinieren und daher hohe Reisekosten anfielen. Außerdem müssten auch die genauen Vertragsinhalte nochmals geprüft werden. Es komme nämlich vor, dass das Prüfungsergebnis einerseits und der dann erteilte Wartungs-/Reparaturauftrag andererseits von einander abwichen. Auch für Abnahmen müsse daher jeweils ein gesonderter Preis kalkuliert und vereinbart werden. Eine ausreichend genaue Kalkulation des Einheitspreises sei den Bietern daher nicht möglich.

In Punkt 4.3.3 Rz 23 der Rahmenvereinbarung werde unter den Pflichten des Auftragnehmers unter anderem gefordert:

Mängelfeststellung am Baukörper, Ergänzung der Kommentare durch Angabe über Schäden und Abnutzungen sowie über grobe und objektive Mängel bei der Sicherheit.

Diese Forderung sei mangels Bestimmtheit weder einer konkreten Kalkulation zugänglich noch überhaupt erfüllbar, da Fachleute auf dem Gebiet Turn- und Sportgeräte zwar die Befestigung der Geräte am Bauwerk beurteilen könnten, in aller Regel aber nicht ausgewiesene Bausachverständige seien, welche alle anderen Bauteile in der Turnhalle beurteilen könnten, welche teilweise durch Verkleidungen und ähnliches verdeckt seien. Gleiches gelte wiederum für Bausachverständige in umgekehrter Richtung. Die Auftragnehmer würden damit in eine Verantwortung gedrängt, welche sie realiter gar nicht übernehmen könnten und dürften. Der Antragsteller sehe sich auch hier in seinem Recht auf eine faire Behandlung durch den öffentlichen Auftraggeber verletzt.

In der Anfragebeantwortung (Frage 5) habe die Auftraggeberin zu Punkt 5.2 Rz 37 der Rahmenvereinbarung mitgeteilt, dass jede Schule selbst das Recht habe, über die Beauftragung zu entscheiden. Dies werde sicher nicht gleichzeitig stattfinden, der Auftragnehmer sei aber verhalten, innerhalb einer Reaktionszeit von 3 Wochen zu leisten. Damit sei wiederum jede seriöse Kalkulation verunmöglicht, da nicht abschätzbar sei, ob eine Kosten mindernde optimale Fahrtroute für den Prüfer geplant werden könne oder im Extremfall wegen einer Prüfung hunderte Kilometer und viele Stunden gefahren werden müssten. Der Bieter habe somit keine Möglichkeit ausreichend sicher zu kalkulieren.

In Punkt 8.4 Rz 46 der Rahmenvereinbarung werde für die Valorisierung des Entgelts unter anderem auf den "Tariflohnindex (TLI) 06/Arbeiter/Gewerbe ohne Baugewerbe" verwiesen. Den Teilindex "Gewerbe ohne Baugewerbe" gäbe es aber seit der Umstellung der TLI im Jahr 2007 nicht mehr. Diese Unschärfe stehe im Widerspruch zur Forderung des Bundesvergabegesetzes nach einer eindeutigen, schlüssigen und nachvollziehbaren Gestaltung der Ausschreibungs- und Vertragsbestimmungen und der Antragsteller sei somit in seinem Recht auf Kalkulationssicherheit verletzt.

In Punkt 8.4 Rz 56 sowie in Punkt 11.2 Rz 95-97+100 der Rahmenvereinbarung würden sowohl für den Fall des Verzugs bei der Erfüllung der Berichtspflicht wie beim Leistungsverzug im engeren Sinn Konventionalstrafen festgelegt. Das Ausmaß dieser Konventionalstrafen liege wesentlich höher als dies nach den einschlägigen Vertragsnormen (ÖNORM A 2060 bzw. ÖNORM B 2110) der Fall wäre. Darüber hinaus werde auch das richterliche Mäßigungsrecht ausgeschlossen.

In ihrer Stellungnahme vom 17.6.2008 erklärte die Auftraggeberin, dass gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung keine besonderen öffentlichen Interessen iSd § 329 Abs 1 BVergG sprechen. In ihrer Stellungnahme vom 17.6.2008 erklärte die Auftraggeberin, dass gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung keine besonderen öffentlichen Interessen iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sprechen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund) ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Nach den Angaben der Auftraggeberin ist das vorliegende Vergabeverfahren, das zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung führen soll, mit einem geschätzten Gesamtauftragswert in Höhe von € 262.050.- dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Im gegenständlichen Verfahren wurde 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.

Der Antragsteller behauptet die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen in der Ausschreibung. 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 vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit des Antragstellers sichert, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Der Antragsteller behauptet die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen in der Ausschreibung. 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 vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit des Antragstellers sichert, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist auch aufgrund des Vorbringens der Auftraggeberin nicht auszugehen. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist auch aufgrund des Vorbringens der Auftraggeberin nicht auszugehen. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2008

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