

TE Verg Bescheid 2006/9/12 N/0073-BVA/07/2006-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.09.2006

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1. 2 und 3

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabebezugsetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "ARA Grazerfeld 2. Anpassung BA 33 Anpassung und Erweiterung der Verbandskläranlage auf 120.000 EW Maschinentechnik Beckenausrüstung" des Auftraggebers Abwasserverband Grazerfeld, Untere Aue 20, 8410 Wildon, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 5.9.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabebezugsetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "ARA Grazerfeld 2. Anpassung BA 33 Anpassung und Erweiterung der Verbandskläranlage auf 120.000 EW Maschinentechnik Beckenausrüstung" des Auftraggebers Abwasserverband Grazerfeld, Untere Aue 20, 8410 Wildon, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 5.9.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher dem Abwasserverband Grazerfeld, Untere Aue 20, 8410 Wildon, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, zumindest aber für die Dauer von sechs Wochen ab Stellung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, untersagt wird, im gegenständlichen Verfahren ARA Grazerfeld 2. Anpassung BA 33 Anpassung und Erweiterung der Verbandskläranlage auf 120.000 EW Maschinentechnik Beckenausrüstung den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 17. Oktober 2006, untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Am 31.5.2006 wurde die Ausschreibungsbekanntmachung für den gegenständlichen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter Zahl 2006/S 102-109247 veröffentlicht. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 20.7.2006, 10.00 Uhr, angegeben. Der Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip im offenen Verfahren vergeben werden. Zuschlagskriterien sind der Angebotspreis (70%), die Verlängerung der Gewährleistungsfrist von 3 Jahren (20%) sowie die Anzahl der vom Bieter genannten Referenzen (10%). Als Vertragsbeginn ist der 1.10.2006 angeführt, als Vertragsende der 30.6.2008.

Position 2.1 der Ausschreibungsunterlage lautet wie folgt:

"2.1 RÜHRWERKE ZUR ERZIELUNG EINER HORIZONTALTEN STRÖMUNG

Die Becken der Bio-P Entfernung und der Belebung 2 sind als Umlaufbecken mit ca 4,7 m Wassertiefe ausgebildet.

Technische Daten

langsamlaufende, 2-flügelige Tauchmotorrührwerke mit einer Propellerdrehzahl von max. 40 Upm bei einem Propellerdurchmesser von > 2.000mm (Bauform wie Flygt Tauchmotorrührwerk 4430 oder glw.).

Pos

2.1.1 Rührwerk für Bio-P Becken

[....]

Technische Daten

Leistungsaufnahme des Motors: 3,0 kW +/- 5%

Differenz Sohle - Steg OK: 6.200 mm

Verbindliche Lieferdaten

[....]

tatsächliche Leistungsaufnahme Motor:kW

[....]

Pos

2.1.2 Rührwerk für die Belebung 2

[....]

Technische Daten

Leistungsaufnahme des Motors: 3,5 kW +/- 5%

Differenz Sohle - Steg OK: 6.200 mm

Verbindliche Lieferdaten

[....]

tatsächliche Leistungsaufnahme Motor:..... kW

[....]"

Mit Schriftsatz vom 5.9.2006 beantragte die Antragstellerin beim Bundesvergabeamt die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung, die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Inhaltlich führte die Antragstellerin Folgendes aus:

Insgesamt seien von sieben Bietern Angebote gelegt worden. Die Antragstellerin habe fristgerecht am 19.7.2006 ein Angebot sowie ein Alternativangebot (für die Belüfter) gelegt. Das Alternativangebot der Antragstellerin sei

auszuscheiden gewesen, da gemäß Pkt. B.4 der Besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlage keine Alternativangebote zulässig seien. Das Hauptangebot der Antragstellerin erfülle jedoch alle formellen Vorgaben der Ausschreibungsunterlage und sei daher einer inhaltlichen Prüfung durch den Auftraggeber zu unterziehen. Mit email vom 22.8.2006 sei der Antragstellerin vom Auftraggeber ein Schreiben übermittelt worden, mit welchem ihr mitgeteilt worden sei, dass ihr Angebot vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden werde. Das Ausscheiden habe der Auftraggeber auf den vermeintlichen Umstand gestützt, dass die "verbindlichen Lieferdaten" der von der Antragstellerin in den Positionen 2.1.1 und Position 2.1.2 angebotenen Rührwerke in Bezug auf die Leistung nicht die vom Auftraggeber vorgegebenen "technischen Daten" erfüllen würden. Die Antragstellerin habe "bei diesen zwei - für die Funktion der Kläranlage wesentlichen - Positionen demnach Aggregate mit deutlich geringerer Leistung angeboten." Zudem sei die Antragstellerin mit diesem Schreiben darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass "gleichzeitig mit dieser Mitteilung die Verständigung über die Zuschlagsentscheidung an die im Vergabeverfahren verbleibenden Bieter" ergangen sei.

Am 31.8.2006 habe die Antragstellerin den Auftraggeber zum Zweck der Wahrung ihrer in § 131 BVergG 2006 normierten Rechte zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und insbesondere der Vergabesumme sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes aufgefordert und um Übermittlung des Prüfberichtes über die Angebote, insbesondere über jenes der Antragstellerin, ersucht. Bezugnehmend auf dieses Aufforderungsschreiben habe der Auftraggeber unter Hinweis auf das bereits übermittelte Schreiben mitgeteilt, dass der Antragstellerin im Rahmen dieses Schreibens bereits alle für das Verfahren gemäß BVergG 2006 relevanten Informationen mitgeteilt worden seien und weitergehende Informationen zur Zuschlagsentscheidung, insbesondere die Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie eine Übermittlung des Prüfberichtes gemäß § 131 BVergG, für ausgeschiedene Bieter ausdrücklich nicht vorgesehen sei. Am 31.8.2006 habe die Antragstellerin den Auftraggeber zum Zweck der Wahrung ihrer in Paragraph 131, BVergG 2006 normierten Rechte zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und insbesondere der Vergabesumme sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes aufgefordert und um Übermittlung des Prüfberichtes über die Angebote, insbesondere über jenes der Antragstellerin, ersucht. Bezugnehmend auf dieses Aufforderungsschreiben habe der Auftraggeber unter Hinweis auf das bereits übermittelte Schreiben mitgeteilt, dass der Antragstellerin im Rahmen dieses Schreibens bereits alle für das Verfahren gemäß BVergG 2006 relevanten Informationen mitgeteilt worden seien und weitergehende Informationen zur Zuschlagsentscheidung, insbesondere die Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie eine Übermittlung des Prüfberichtes gemäß Paragraph 131, BVergG, für ausgeschiedene Bieter ausdrücklich nicht vorgesehen sei.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig, da die in den Positionen 2.1.1 und 2.1.2 angebotenen Aggregate die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage für Rührwerke erfüllten. Der in den Positionen 2.1.1 bzw. 2.1.2 verwendete Begriff "Leistungsaufnahme des Motors" werde vom Auftraggeber in der Ausschreibungsunterlage nicht näher definiert. Dieser Begriff werde auch weder in den einschlägig mit Elektrotechnik befassten Kreisen noch in der elektrotechnischen Fachliteratur eindeutig definiert. Unter diesem unbestimmten Begriff könne daher zweierlei verstanden werden:

1. a) Litera a
die maximale theoretische Leistung, die der Motor aus dem Netz aufnehmen könnte (wird auch als "Rated Input Power" bezeichnet); oder
2. b) Litera b
die tatsächlich vom Motor im "Betriebspunkt" aus dem Netz aufgenommene Leistung. Das sei jene Leistung, die im regulären Normalbetrieb vom Motor aufgenommen werde (wird auch als "Pin," bezeichnet)

Die unter lit b dargestellte Auslegung ergäbe allerdings nach objektivem Verständnis keinen Sinn, weil nicht erkennbar sei, weshalb einerseits eine "Muss"-Vorgabe festgelegt und dann unmittelbar darunter - noch dazu unter abweichender Bezeichnung - die selben technischen Daten vom Bieter frei ausfüllbar in der Ausschreibung vorgesehen sein sollten. Vielmehr müsse ein verständiger Leser der Ausschreibung davon ausgehen, dass unter dem in Pos 2.1.1 und Pos 2.1.2 jeweils vom Auftraggeber vorgegebenen Wert "Leistungsaufnahme des Motors" etwas anderes zu verstehen sei als unter dem von der Antragstellerin anzugebenden Wert "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor". Während daher erstere (vom Auftraggeber vorgegebene) Angabe den maximal zulässigen Anschlusswert darstelle, sei unter der "tatsächlichen Leistungsaufnahme des Motors" jene (elektrische) Leistung zu verstehen, die

jeweils tatsächlich im Betriebspunkt aus dem Netz aufgenommen werde ("Pin"). Die unter Litera b, dargestellte Auslegung ergäbe allerdings nach objektivem Verständnis keinen Sinn, weil nicht erkennbar sei, weshalb einerseits eine "Muss"-Vorgabe festgelegt und dann unmittelbar darunter - noch dazu unter abweichender Bezeichnung - die selben technischen Daten vom Bieter frei ausfüllbar in der Ausschreibung vorgesehen sein sollten. Vielmehr müsse ein verständiger Leser der Ausschreibung davon ausgehen, dass unter dem in Pos 2.1.1 und Pos 2.1.2 jeweils vom Auftraggeber vorgegebenen Wert "Leistungsaufnahme des Motors" etwas anderes zu verstehen sei als unter dem von der Antragstellerin anzugebenden Wert "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor". Während daher erstere (vom Auftraggeber vorgegebene) Angabe den maximal zulässigen Anschlusswert darstelle, sei unter der "tatsächlichen Leistungsaufnahme des Motors" jene (elektrische) Leistung zu verstehen, die jeweils tatsächlich im Betriebspunkt aus dem Netz aufgenommen werde ("Pin").

Nur diese Auslegung ergäbe auch aus technischer Sicht einen Sinn, weil die Vorgabe einer maximalen Anschlussleistung zum einen den Zweck verfolge, dass die zum Einsatz kommenden Aggregate mit dem elektrotechnischen Ausrüstungskonzept, insb. der elektrischen Anspeisungssituation, übereinstimmen und nicht zu Leistungsspitzen führen, die zu einer Überlastung des elektrischen Systems führen. Zum anderen aber spiele dieser Umstand auch für die (im Rahmen einer Kläranlage höchst sensiblen) Frage der Betriebskosten - hier vor allem der Energiekosten - eine Rolle: Die Vorgabe eines Höchstwertes begrenze die maximal mit diesen Aggregaten zu erwartenden Stromkosten. Hier zeige sich aber auch, dass niedrigere tatsächliche Leistungsaufnahmen letztlich zu einer besseren Energieeffizienz und damit zu geringeren Betriebskosten führten, also letztlich qualitativ höherwertige Aggregate auszeichnen würden.

Umso unverständlicher sei das "Ergebnis" der Angebotsprüfung durch den Planer des Auftraggebers, der in völliger Verkennung dieser technischen Umstände ein energiesparendes, effizienteres Aggregat als minderwertig einstufte, obwohl einerseits die maximal zulässigen Anschlusswerte (= vorgegebene [maximale] Leistungsaufnahme) eingehalten und andererseits durch die tatsächliche im Betriebspunkt zu erwartende Leistungsaufnahme klargestellt würde, dass die angebotenen Aggregate dessen ungeachtet sogar mit noch geringerer (elektrischer) Leistungsaufnahme (Pos 2.1.1: 1,5 kW; Pos 2.1.2: 1,01 kW) auskämen.

Das Begriffsverständnis der Antragstellerin werde im Übrigen auch durch die standardmäßig im Rahmen der Auswahl des Rührwerktyps durchgeführte Nachberechnung der Dimensionierung der Rührwerke gestützt, aus der zweifelsfrei hervorgegangen sei, dass die vom Auftraggeber in den Pos 2.1.1 und 2.1.2 vorgegebenen Werte für die "Leistungsaufnahme des Motors" (3,0 bzw 3,5 kW) nur die maximalen theoretischen Leistungen sein konnten, die die Rührwerksmotoren aus dem Netz theoretisch aufnehmen könnten (somit die "Rated Input Power"). Die Nachberechnung habe ergeben, dass die Rührwerke auf dem Stand der Technik (welche die für das ordnungsgemäße Funktionieren des Bio-P Beckens [Pos 2.1.1] und der Belebung 2 [Pos 2.1.2] erforderliche Umwälzung besorgen) im regulären Betrieb (dh im "Betriebspunkt") für die tatsächlich erforderliche Umwälzung deutlich weniger Leistung aus dem Netz benötigten als die vom Auftraggeber im Feld "Leistungsaufnahme des Motors" angegebenen 3,0 kW (Pos 2.1.1) bzw 3,5 kW (Pos 2.1.2), sich hingegen der maximale Anschlusswert genau in dem vom Auftraggeber vorgegebenen Bereich bewege. Die allein für die Funktionalität der Kläranlage maßgebliche Umwälzleistung (die nicht unmittelbar und allein vom Energieeintrag, also der elektrischen Energie, die für den Betrieb der Rührwerke erforderlich ist, abhängt) werde von den von der Antragstellerin angebotenen Aggregaten aber zweifellos erfüllt.

Bei der Erstellung ihres Angebotes sei die Antragsstellerin daher zu Recht davon ausgegangen, dass unter dem in Pos 2.1.1 und Pos

2.1.2 jeweils vom Auftraggeber vorgegebenen Wert "Leistungsaufnahme des Motors" wohl etwas anderes zu verstehen sein müsse als unter dem von der Antragstellerin anzugebenden Wert "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor". Das für die Pos 2.1.1 und 2.1.2 angebotene Rührwerk der Type XXX erfülle für beide Positionen die technischen Vorgaben. 2.1.2 jeweils vom Auftraggeber vorgegebenen Wert "Leistungsaufnahme des Motors" wohl etwas anderes zu verstehen sein müsse als unter dem von der Antragstellerin anzugebenden Wert "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor". Das für die Pos 2.1.1 und 2.1.2 angebotene Rührwerk der Type römisch 30 erfülle für beide Positionen die technischen Vorgaben.

Wie sich nun aus dem Schreiben des Auftraggebers vom 22.8.2006 ergebe, setze dieser offenbar jedoch die in den Pos 2.1.1 und Pos

2.1.2 verwendeten Begriffe "Leistungsaufnahme des Motors" und "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor" gleich.

Soweit die Ausschreibung in diesem Punkt allerdings nicht im Sinne der eingangs dargestellten Auslegung zu interpretieren sein sollte, liege dies ausschließlich an einer vorliegenden Undeutlichkeit und Missverständlichkeit der Ausschreibung selbst. In diesem Zusammenhang sei die Regelung des § 915 ABGB relevant. Dass der Auftraggeber den Leistungswert für die Motorenleistung der Rührwerke in ein und derselben Position mit zwei unterschiedlichen Begriffen ("Leistungsaufnahme des Motors" = "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor") bezeichnet habe, konnte und durfte von der Antragstellerin bei der Ausarbeitung ihres Angebotes keinesfalls unterstellt werden. Dies gelte umso mehr, als die Erstellung von Leistungsverzeichnissen regelmäßig durch Techniker erfolge und daher eine "unabsichtliche" Andersbezeichnung ein und desselben Wertes daher (insbesondere innerhalb einer Leistungsposition) schon nach allgemeiner Lebenserfahrung ausscheide. Eine undeutliche Begriffswahl in den Pos 2.1.1 und Pos 2.1.2 ginge daher jedenfalls zu Lasten des Auftraggebers und rechtfertige keinesfalls das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin. Soweit die Ausschreibung in diesem Punkt allerdings nicht im Sinne der eingangs dargestellten Auslegung zu interpretieren sein sollte, liege dies ausschließlich an einer vorliegenden Undeutlichkeit und Missverständlichkeit der Ausschreibung selbst. In diesem Zusammenhang sei die Regelung des Paragraph 915, ABGB relevant. Dass der Auftraggeber den Leistungswert für die Motorenleistung der Rührwerke in ein und derselben Position mit zwei unterschiedlichen Begriffen ("Leistungsaufnahme des Motors" = "tatsächliche Leistungsaufnahme Motor") bezeichnet habe, konnte und durfte von der Antragstellerin bei der Ausarbeitung ihres Angebotes keinesfalls unterstellt werden. Dies gelte umso mehr, als die Erstellung von Leistungsverzeichnissen regelmäßig durch Techniker erfolge und daher eine "unabsichtliche" Andersbezeichnung ein und desselben Wertes daher (insbesondere innerhalb einer Leistungsposition) schon nach allgemeiner Lebenserfahrung ausscheide. Eine undeutliche Begriffswahl in den Pos 2.1.1 und Pos 2.1.2 ginge daher jedenfalls zu Lasten des Auftraggebers und rechtfertige keinesfalls das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin.

Darüber hinaus habe der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten ergäben oder vom Auftraggeber Mängel festgestellt würden und diese Unklarheit für die Beurteilung des Angebotes von Bedeutung sei. Der Auftraggeber habe es jedoch gänzlich unterlassen, die Antragstellerin um Aufklärung zu ersuchen. Dadurch werde die vom Auftraggeber durchgeführte Prüfung des Angebotes der Antragstellerin mit Rechtswidrigkeit belastet, weshalb auch die in der Folge getroffene und bekämpfte Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei.

Gemäß § 131 1. Satz BVergG 2006 habe der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung seien den verbliebenen Bieter auch das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Summe sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Im vorliegenden Fall sei der Antragstellerin trotz ausdrücklicher Aufforderung weder bekannt gegeben worden, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll noch seien die anderen in § 131 BVergG 2006 vorgesehenen Informationspflichten erfüllt worden. Nach den Materialien zum BVergG 2006 seien "verbliebene Bieter" die Bieter, die "nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist". Der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung am 22.8.2006 zur Kenntnis gebracht worden. Die Frist für die Bekämpfung dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006) sei noch nicht abgelaufen, weshalb die Ausscheidensentscheidung noch nicht bestandfest und damit auch noch nicht rechtskräftig sei. Die Antragstellerin sei daher weiterhin ein "verbliebener Bieter" iSd § 131 1. Satz BVergG 2006. Da ihr die Zuschlagsentscheidung nicht in der gemäß § 131 BVergG geforderten Form bekannt gegeben worden sei, wäre eine Zuschlagserteilung gemäß § 132 Abs 2 BVergG 2006 absolut nichtig. Gemäß Paragraph 131, 1. Satz BVergG 2006 habe der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung seien den verbliebenen Bieter auch das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Summe sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Im vorliegenden Fall sei der Antragstellerin trotz ausdrücklicher Aufforderung weder bekannt gegeben worden, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll noch seien die anderen in Paragraph 131, BVergG 2006 vorgesehenen Informationspflichten erfüllt worden. Nach den Materialien zum BVergG 2006 seien "verbliebene Bieter" die Bieter, die "nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar

ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig ist". Der Antragstellerin sei die Ausscheidensentscheidung am 22.8.2006 zur Kenntnis gebracht worden. Die Frist für die Bekämpfung dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006) sei noch nicht abgelaufen, weshalb die Ausscheidensentscheidung noch nicht bestandfest und damit auch noch nicht rechtskräftig sei. Die Antragstellerin sei daher weiterhin ein "verbliebener Bieter" iSd Paragraph 131, 1. Satz BVergG 2006. Da ihr die Zuschlagsentscheidung nicht in der gemäß Paragraph 131, BVergG geforderten Form bekannt gegeben worden sei, wäre eine Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 132, Absatz 2, BVergG 2006 absolut nichtig.

Darüber hinaus sei die Zuschlagsentscheidung durch das rechtswidrige Ausscheiden der Antragstellerin und den Umstand, dass ohne dieses rechtswidrige Ausscheiden der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen wäre, ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet. Die Antragstellerin habe vernommen, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** getroffen worden sei. Das Angebot dieses Bieters weise folgende, für die Bestbieterermittlung relevante, Kriterien auf: Gesamtangebotspreis Euro 1.609.783,83 (exkl. Ust), Verlängerung der Gewährleistung um 2 Jahre und Nennung von 5 Referenzobjekten. Dem gegenüber habe die Antragstellerin in ihrem Angebot die Leistungserbringung zu einem Gesamtpreis von Euro 1.378.445,02 (exkl. Ust) bei gleichzeitiger Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 3 Jahre angeboten und 6 Referenzobjekte genannt. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nach Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung in allen drei für die Bestbieterermittlung heranzuziehenden Bewertungskriterien besser zu beurteilen als das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Bereits durch die Anforderung der Ausschreibungsunterlage und fristgerechte Angebotslegung ergebe sich das Interesse am Vertragsabschluss. Durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes sowie der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin als eigentlicher Bestbieterin der Entgang des Deckungsbeitrages, den sie mit der Durchführung des gegenständlichen Auftrages erwirtschaften könnte. Der Deckungsbeitrag werde mit rund 8% des von der Antragstellerin in ihrem Angebot genannten Gesamtpreises, daher mit rund Euro 110.275,- beziffert. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin durch frustrierte Kosten der Angebotslegung ein Schaden in Höhe von zumindest Euro 3.600,- sowie der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres ausschreibungskonformen Angebotes, in ihrem Recht auf eine zu ihren Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung sowie in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages an sie als eigentliche Bestbieterin verletzt. Zur Interessenabwägung für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werde auf den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes sowie auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hingewiesen. Besondere Gründe für eine Ausnahme von diesem Prinzip lägen im gegenständlichen Falle nicht vor. Eine Gefährdung von Leib und Leben durch einen verzögerten Abschluss des Lieferauftrages sei bei einer bloß kurzfristigen Verzögerung nicht gegeben, zumal die Abwasserbehandlung durch die bestehende Kläranlage sichergestellt sei.

Mit Schriftsatz vom 8.9.2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass er keine Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung abgeben werde. Es handle sich bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 1.100.000 (ohne USt), das Vergabeverfahren werde im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Die Angebotsöffnung sei am 20.7.2006 erfolgt, an die ausgeschiedenen Bieter sei per e-mail vom 22.8.2006 mit der Bekanntgabe des Ausscheidens auch die Mitteilung ergangen, dass mit gleicher Post die Zuschlagsentscheidung an die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter ergehe. Die Zuschlagsentscheidung sei am 22.8.2006 per e-mail den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitgeteilt worden. Der Zuschlag sei nicht erfolgt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen worden. Weiters wurden fristgerecht die Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie die Verbandssatzung dem Bundesvergabeamt vorgelegt.

Aus den vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass am 22.8.2006 der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes per e-mail mitgeteilt wurde. Darüber hinaus wurde weiteren fünf Bietern das Ausscheiden ihrer Angebote per e-mail am 22.8.2006 mitgeteilt. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** wurde dieser per e-mail am 22.8.2006 mitgeteilt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Der Abwasserverband Grazerfeld ist ein Wasserverband, der auf der Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 gegründet wurde. Es handelt sich also um eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Er wurde zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann der Steiermark als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung (siehe Satzung des Abwasserverbandes Grazerfeld idF vom 9.3.2006). Er ist sohin als öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren, der gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Der Abwasserverband Grazerfeld ist ein Wasserverband, der auf der Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG 1959 gegründet wurde. Es handelt sich also um eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Er wurde zu dem Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann der Steiermark als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung (siehe Satzung des Abwasserverbandes Grazerfeld in der Fassung vom 9.3.2006). Er ist sohin als öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren, der gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt, wobei ihr der Auftraggeber am 22.8.2006 die Ausscheidensentscheidung bekannt gegeben hat. Die Zuschlagsentscheidung wurde zwar ebenfalls am 22.8.2006 bekanntgemacht, nicht jedoch der Antragstellerin. Ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde bzw. ob der Antragstellerin Antragslegitimation zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zukommt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Die Klärung dieser Frage wird Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe an die B*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, 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.

Von einem in § 328 Abs. 2 BVergG 2006 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. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem in Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 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 Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages:römisch zwei. Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages:

Im Provisorialverfahren wird vom Vorliegen eines Lieferauftrages einschließlich Nebenarbeiten iSv § 5 BVergG 2006 ausgegangen. Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.100.000, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Im Provisorialverfahren wird vom Vorliegen eines Lieferauftrages einschließlich Nebenarbeiten iSv Paragraph 5, BVergG 2006 ausgegangen. Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.100.000, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügunggrömsich drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg. cit. 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg. cit. 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung begehrt. Da seitens des Auftraggebers auf Grund der der B*** mitgeteilten "Zuschlagsentscheidung" die Vergabe an diese beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sei könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin hat für den Fall, dass sie den Zuschlag nicht erhalten sollte, dargelegt, dass ihr ein finanzieller und sonstiger Schaden zu entstehen droht. Der Schaden wurde dem Grunde nach schlüssig und nachvollziehbar dargestellt und auch ziffernmäßig angegeben. Der Auftraggeber hat dem gegenüber mitgeteilt, keine Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung abzugeben. Ein besonderes öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, wurde sohin vom Auftraggeber nicht geltend gemacht. Der

Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

In diesem Zusammenhang ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfällig späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen. Weiters ist auch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 15.10.2001, B 1369/01, siehe auch BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10 u.a.) Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens nach ständiger Rechtsprechung auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; BVA 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4 u. a.). Im Hinblick darauf und in Einbeziehung der Tatsache, dass der Auftraggeber selbst kein - der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehendes - besonderes öffentliches Interesse geltend gemacht hat, sind ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen des Auftraggebers sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens nicht gegeben. In diesem Zusammenhang ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfällig späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen. Weiters ist auch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vergleiche VfGH 15.10.2001, B 1369/01, siehe auch BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10 u.a.) Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens nach ständiger Rechtsprechung auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; BVA 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4 u. a.). Im Hinblick darauf und in Einbeziehung der Tatsache, dass der Auftraggeber selbst kein - der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehendes - besonderes öffentliches Interesse geltend gemacht hat, sind ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen des Auftraggebers sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens nicht gegeben.

Die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zur Abwendung des drohenden Schadens für die Antragstellerin.

Dokumentnummer

VERGT_20060912_N_0073_BVA_07_2006_EV16_00

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