

TE Verg Bescheid 2005/11/4 13N-108/05-5

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.11.2005

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §135 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs2

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs2

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

B-VG Art 14b Abs2

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services - 97.210/358-NB.W/05" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, vertreten durch die Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes mbH, beide vertreten durch Rechtsanwalt X***, auf Grund des Antrages der A*** AG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, vom 28. Oktober 2005 gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 171 BVergG 2002, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005 (BVergG) wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services - 97.210/358- NB.W/05" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH, vertreten durch die Immobilienmanagementgesellschaft des Bundes mbH, beide vertreten durch Rechtsanwalt X***, auf Grund des Antrages der A*** AG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, vom 28. Oktober 2005 gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 171, BVergG 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005, (BVergG) wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages an die B*** AG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 28. November 2005, untersagt.

BEGRÜNDUNG

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 28. Oktober 2005 stellte die Antragstellerin die Anträge

I. auf Nichtigkeitserklärung der mit Fax vom 14.10.2005 bekannt gegebenen Entscheidung der Auftraggeberin, der B*** AG, den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung); römisch eins. auf Nichtigkeitserklärung der mit Fax vom 14.10.2005 bekannt gegebenen Entscheidung der Auftraggeberin, der B*** AG, den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung);

II. auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - längstens jedoch für zwei Monate - untersagt wird, den Zuschlag der B*** AG zu erteilen; römisch zwei. auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - längstens jedoch für zwei Monate - untersagt wird, den Zuschlag der B*** AG zu erteilen;

III. auf Akteneinsicht; römisch drei. auf Akteneinsicht;

IV. auf Ersatz der Pauschalgebühr, sodass die Auftraggeberin schuldig ist, die der Antragstellerin durch das Nachprüfungsverfahren entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. römisch vier. auf Ersatz der Pauschalgebühr, sodass die Auftraggeberin schuldig ist, die der Antragstellerin durch das Nachprüfungsverfahren entstandenen Antragsgebühren im gesetzlichen Ausmaß zu Händen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, Beschaffungsziel sei die Erneuerung der Kommunikationsinfrastruktur durch Erneuerung der Telekommunikationsanlagen in verschiedenen Standorten, weiters die Errichtung und die Inbetriebnahme einer strukturierten Verkabelung und die Installation und die Inbetriebnahme aktiver Netzwerkkomponenten. In den Vorbemerkungen zu einer Leistungsposition sei dazu ausgeführt, dass Mauerdurchbrüche oder Schlitze in tragendem, verputztem oder unverputztem Mauerwerk oder Stahlbetonkonstruktionen nur im Einvernehmen mit dem Auftraggeber oder durch diesen hergestellt würden. Im Rahmen der Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin die Antragstellerin mit Fax vom 11.10.2005 um die Angabe der Verlustleistung anstatt in kJ/h in Kilowatt ersucht. Die Antragstellerin habe folgendes bekannt gegeben: "Die angegebenen 1,8 kJ/h sind 1,8 MJ/h. Nach der Umrechnung ergibt sich eine Verlustleistung von 0,5 kW".

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Abgabe ihres umfassenden Angebotes nachgewiesen. Es drohe ihr im gegenwärtigen Verfahrensstadium ein Schaden an frustrierten Aufwendungen in der Höhe von Euro 32.660,- excl. USt. Darüber hinaus entstünde der Antragstellerin im Falle einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung ein Schaden durch entgangenen Gewinn von Euro 56.815,- sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Bei der Verlustleistung habe die Auftraggeberin eine unzutreffende Bestbieterermittlung vorgenommen. Die Antragstellerin habe die ursprünglich in kJ/h vorgenommene Angabe der Verlustleistung später korrigiert und in der richtigen Einheit angegeben, die Auftraggeberin habe die Angebotsangabe der Antragstellerin zum Zuschlagskriterium "Verlustleistung" bei der Bestbieterermittlung jedoch nicht berücksichtigt. Die Auftraggeberin sei vielmehr von ihrer Festlegung in Pkt. 3.2.1 (4) der Ausschreibungsunterlagen abgewichen und habe das Angebot der Antragstellerin bei diesem Zuschlagskriterium mit 0 Punkten bewertet. Diese Vorgehensweise bei der Bestbieterermittlung widerspreche dem in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bestbieterermittlungsschema und sei daher unzulässig. Die Antragstellerin hätte beim Zuschlagskriterium "Verlustleistung" vier Punkte erhalten müssen. Die Auftraggeberin habe beim Sub-Zuschlagskriterium "Qualität - Verkabelung" entgegen den Festlegungen in Pkt. 3.2.2.1 (6) der Ausschreibungsunterlagen das "Umsetzungskonzept" der Antragstellerin mit nur 21 Punkten bewertet. Da bei dem Sub-Zuschlagskriterium jedoch nur "eine" technische Beschreibung gefordert worden sei, hätte sie für das "Umsetzungskonzept" jedenfalls die volle Punktezahl von 30 Punkten erhalten müssen. Berücksichtige man diese beiden Punktevergaben bei der auch von der Auftraggeberin ermittelten Gesamtpunktezahl von 144,99, so führe dies zu einer Gesamtpunktezahl für die Antragstellerin von 157,99 Punkten. Damit hätte die Antragstellerin auch gegenüber der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einen Punktevorsprung, sodass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin hätte treffen müssen.

Gemäß Position 09.01 sei im Auftragsfall zum Teil umfangreiche Bauleistungen insbesondere in Form von Mauerdurchbrüchen zu erbringen. Diese Bauleistungen würden tragende, verputzte und unverputzte Mauerwerke sowie teilweise sogar Stahlbetonkonstruktionen betreffen. Daher seien Kenntnisse und Fähigkeiten eines Baumeisters zwingend erforderlich. Dies deshalb, weil diese Bauleistungen ausdrücklich im Zusammenhang mit tragenden Wänden und Stahlbetonkonstruktion zu erbringen seien. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die Gewerbeberechtigung eines Baumeisters, die Auftraggeberin hätte daher das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen fehlender vergaberechtlicher Eignung ausscheiden müssen.

Die Auftraggeberin brachte mit Schreiben vom 2. November 2005 im Wesentlichen vor, dass es sich bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren über die Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services um einen Lieferauftrag handeln würde, der geschätzte Auftragswert betrage Euro 2,3 Mio. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt, die Art des Vergabeverfahrens sei das offene Verfahren, wobei eine Bekanntgabe in Österreich und in der EU erfolgt sei. Die Angebotsöffnung sei am 16.9.2005 erfolgt und die Zuschlagsentscheidung am 14.10.2005 ergangen. Die Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Die Auftraggeberin sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus und begründete dies im Wesentlichen damit, dass durch eine Verzögerung der gegenständlichen Vergabe es zur Vornahme von notwendigen Ersatzmaßnahmen zur Aufrechterhaltung eines kontinuierlichen und effizienten Betriebes kommen müsste, was mindestens Euro 100.000,- kosten würde. Jede Ersatzmaßnahme wäre auch nach Leistungserbringung als frustrierte Aufwendung anzusehen. Bei einem Totalabsturz, wie er vor kurzem vorgefallen sei, würde es zu einem Betriebsstillstand kommen, bei welchem ab einem einwöchigen Ausmaß der Schaden den oben genannten Betrag für Ersatzmaßnahmen übersteigen würde. Zu beachten sei, dass 800 Mitarbeiter mehrere tausend Mieter betreuen würden, sodass hier auch das öffentliche Interesse eine gewisse Rolle spiele. Zahlreiche Mieter würden ausschließlich mittels Telefon und Fax mit der Auftraggeberin in Kontakt treten. Auf Grund des Alters der Telekommunikationsanlage und des dadurch bedingten schlechten technischen Zustandes könne es jederzeit zu einem massiven Ausfall dieser Anlage kommen. Ein Absturz verursacht durch den Ausfall der zentralen Rechneinheit (CPU) würde erhebliche Kosten nach sich ziehen. Allein die CPU-Neuanschaffung samt Installation und Inbetriebnahme würde Euro 81.600,- umfassen.

Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Provisorialverfahren

Die Auftraggeberin hat eine Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren "Kommunikationsinfrastruktur samt Verkabelung BIG und BIG Services - 97.210/358-NB.W/05" sowohl in Österreich als auch in der EU bekannt gemacht.

Das Vergabeverfahren wird im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 14.10.2005 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, der Fa. B*** AG den Zuschlag zu erteilen.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem schlüssigen und nachvollziehbaren Vorbringen der Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz vom 2. November 2005.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 BVergG. Entsprechend Art 14b Abs 2 B-VG iVm § 135 Abs 2 BVergG ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, BVergG. Entsprechend Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in Verbindung mit Paragraph 135, Absatz 2, BVergG ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben.

Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag erfüllt alle Voraussetzungen des § 166 Abs 1 BVergG und es sind die Fälle des § 166 Abs 2 BVergG nicht gegeben. Der Antrag ist daher zulässig. Der Nachprüfungsantrag erfüllt alle Voraussetzungen des Paragraph 166, Absatz eins, BVergG und es sind die Fälle des Paragraph 166, Absatz 2, BVergG nicht gegeben. Der Antrag ist daher zulässig.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Fraglich ist im gegenständlichen Vergabeverfahren ob es sich um einen Lieferauftrag oder um einen Bauauftrag handelt. Die Auftraggeberin bringt in ihrem Schriftsatz vom 2.11.2005 vor, dass es sich um einen Lieferauftrag handeln würde. Die Antragstellerin bringt zwar auch vor, dass es sich um einen Lieferauftrag handeln würde. Andererseits jedoch behauptet sie, dass die Leistungen zum Teil umfangreiche Baumeisterarbeiten umfassen würden und führt dazu Auszüge aus dem Leistungsverzeichnis an, wonach Mauerdurchbrüche oder Schlitze in tragendem Mauerwerk und Stahlbetonkonstruktionen herzustellen seien. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage ist im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht möglich, da die Behörde auch noch nicht über den Akt des Vergabeverfahrens verfügt. Es wird somit vorerst provisorisch auf Grund der Ausführungen der Antragstellerin davon ausgegangen, dass es sich um einen Bauauftrag handelt.

Gemäß § 171 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 171 Abs 2 BVergG ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Antragsteller hat die von ihm begehrte vorläufige Maßnahme, die Zeit, für welche diese beantragt wird, die behauptete Rechtswidrigkeit und die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen genau zu bezeichnen und die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß darzulegen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 2, BVergG ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Antragsteller hat die von ihm begehrte vorläufige Maßnahme, die Zeit, für welche diese beantragt wird, die behauptete Rechtswidrigkeit und die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen genau zu bezeichnen und die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß darzulegen.

Gemäß § 171 Abs 3 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen.

Gemäß § 171 Abs 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme begehrt, die Zuschlagerteilung an die B*** AG zu untersagen.

Da seitens der Auftraggeberin aufgrund der der Antragstellerin mitgeteilten Zuschlagsentscheidung die Vergabe an die Firma B*** AG beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein 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 sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagerteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagerteilung 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 Zuschlagerteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Zur Interessensabwägung hat die Auftraggeberin vorgebracht, dass die Gefahr eines totalen Absturzes des Systems drohe, wobei zahlreiche Mieter ausschließlich mittels Telefon und Fax mit der Auftraggeberin in Kontakt treten könnten. Es drohe ein Schaden von mindestens Euro 100.000,-. Die Anlage bestünde, bedingt durch das Alter, in einem schlechten technischen Zustand. Dazu ist zu sagen, dass auf Grund der Lebenserfahrung es nicht nachvollziehbar erscheint, dass eine technische Anlage nur deswegen, weil sie ein gewisses Alter erreicht hat, unbedingt zwingend auch in einem schlechten technischen Zustand sein muss. Es wäre vielmehr an der Auftraggeberin gelegen, einen schlechten technischen Zustand rechtzeitig zu beheben. Im Übrigen erscheint es auch nicht nachvollziehbar, dass die heutige Telekommunikation ausschließlich über das Festnetz-Telefon erfolgt. In der heutigen Zeit verfügen bereits viele Menschen - insbesondere im Berufsleben - über ein Handy, sodass selbst ein Totalabsturz des hauseigenen Telekommunikationssystems nicht zu einem völligen Entfall der Kommunikationsmöglichkeiten führen würde. Außerdem führt die Auftraggeberin nicht an, welche Folgen ein Totalabsturz des Telekommunikationssystems hatte, wie lang diese Störung dauerte und welche konkreten Auswirkungen dies hatte.

Weiters ist auf die ständige Judikatur des Bundesvergabebeamten zu verweisen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes für das Vergabeverfahren die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hat (vergleiche BVA 19.05.2003, 07N-48/03-15, BVA 10.07.2003, 04N-65/03-7 ua.). Die Auftraggeberin hätte somit bei der Planung des Vergabeverfahrens bereits vorweg darauf Bedacht nehmen müssen, dass es zu einer entsprechenden Verzögerung bedingt durch ein Nachprüfungsverfahren kommen könnte und hätte dafür Vorsorge treffen müssen. Auch ist das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) zu berücksichtigen.

Eine Abwägung der vorgenannten Interessen ergibt somit, dass ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung nicht vorliegt, zumal ein Nachprüfungsverfahren und damit eine in der Regel verbundene Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Auftraggeberin nicht überraschend kommen kann, sondern diese vielmehr damit grundsätzlich zu rechnen hat und auch die Interessen der sonstigen Bieter nicht wesentlich beeinträchtigt werden.

Die Dauer der einstweiligen Verfügung war entsprechend der vorläufigen Annahme, dass es sich um einen Bauauftrag handelt gemäß § 171 Abs 5 BVergG, da es sich bei Zutreffen dieser Annahme um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handeln würde, mit einem Monat zu befristen. Die Dauer der einstweiligen Verfügung war entsprechend der vorläufigen Annahme, dass es sich um einen Bauauftrag handelt gemäß Paragraph 171, Absatz 5, BVergG, da es sich bei Zutreffen dieser Annahme um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handeln würde, mit einem Monat zu befristen.

Die Kostenentscheidung ergeht - auch wegen der noch nicht feststehenden Auftragsart und der damit verbundenen Ungewissheit betreffend die Höhe der zu entrichtenden Pauschalgebühr - gesondert.

Dokumentnummer

VERGT_20051104_13N_108_05_5_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