

TE Verg Bescheid 2005/11/4 VKS-3340/05

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.11.2005

Norm

WVRG §11 Abs1 und 2

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §22 Abs2

WVRG §23 in Verbindung mit BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §20 Z13 lit a sublitaa

AVG §72 Abs2 in Verbindung mit WVRG §30 Abs5

1. AVG § 72 heute
2. AVG § 72 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 72 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2013

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der ***, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe des Dienstleistungsauftrages für „Planungs- und Prüfleistungen für die MVA Pfaffenau, Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung“ durch die Wiener Kommunal – Umweltschutzprojektgesellschaft m.b.H. (WKU), 11. Haiderquerstraße 7, 1110 Wien, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in Wien, in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Zur Prüfung der von der antragstellenden Gesellschaft behaupteten Rechtswidrigkeiten wird ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, womit der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens bis 25.12.2005, untersagt werden soll, wird abgewiesen.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragstellerin hat die von ihr für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 22 Abs. 2 und 23 WVRG in Verbindung mit §§ 7 Abs. 1 Z 1, 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 und §§ 72 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG Paragraphen 11, Absatz eins und 2, 13 Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 22 Absatz 2 und 23 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 7, Absatz eins, Ziffer eins, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 und Paragraphen 72, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG.

Begründung:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Sie wurde von der Stadt Wien gegründet, um die Planung und Errichtung der Müllverbrennungsanlage (im Folgenden kurz MVA) Pfaffenau und in weiterer Folge die Behandlung der im Bereich der Stadt Wien anfallenden Abfälle durchzuführen (Beschluss des Gemeinderatsausschusses für Umwelt vom 25.4.2002 bezüglich der Planung der Anlage; Beschluss des Gemeinderatsausschusses vom 22.10.2004 bezüglich der Abfallbehandlung). Im Zuge der Errichtung dieser Anlage hat die Antragsgegnerin die Planungs- und Prüfleistungen für die MVA Pfaffenau, Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung, am 8.7.2005 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ordnungsgemäß veröffentlicht. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund EUR 1.000.000,--. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.8.2005, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend, die Zuschlagsfrist beträgt drei Monate. Als Zuschlagskriterium für das Los 1 sind das Honorarangebot mit 80 % und die qualitative Bewertung vorzulegender Referenzen mit 20 % festgelegt. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Sie wurde von der Stadt Wien gegründet, um die Planung und Errichtung der Müllverbrennungsanlage (im Folgenden kurz MVA) Pfaffenau und in weiterer Folge die Behandlung der im Bereich der Stadt Wien anfallenden Abfälle durchzuführen (Beschluss des Gemeinderatsausschusses für Umwelt vom 25.4.2002 bezüglich der Planung der Anlage; Beschluss des Gemeinderatsausschusses vom 22.10.2004 bezüglich der Abfallbehandlung). Im Zuge der Errichtung dieser Anlage hat die Antragsgegnerin die Planungs- und Prüfleistungen für die MVA Pfaffenau, Los 1, Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung, am 8.7.2005 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ordnungsgemäß veröffentlicht. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von rund EUR 1.000.000,--. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip gemäß den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.8.2005, 10.00 Uhr. Die Angebotseröffnung erfolgte anschließend, die Zuschlagsfrist beträgt drei Monate. Als Zuschlagskriterium für das Los 1 sind das Honorarangebot mit 80 % und die qualitative Bewertung vorzulegender Referenzen mit 20 % festgelegt.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin an der Ausschreibung beteiligt und wurde ihr Angebot für das Los 1 mit dem niedrigsten Gesamtpreis verlesen.

Mit Schreiben vom 12.10.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige den Zuschlag für das Los 1 dem Angebot einer an zweiter Stelle gereihten ARGE erteilen zu wollen.

Daraufhin hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.10.2005 um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und der Merkmale und Vorteile des für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebotes sowie um Übermittlung einer Abschrift des das Angebot der Antragstellerin betreffenden Teils der Niederschrift über die Angebotsprüfung ersucht.

Diesem Ersuchen ist die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19.10.2005 nachgekommen, in dem sie auch ausführte, dass das Angebot der Antragstellerin aus den in der angeschlossenen Niederschrift ersichtlichen Gründen auszuschneiden gewesen sei.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung, soweit sie das Los 1 betrifft, richtet sich der am 25.10.2005 überreichte und damit rechtzeitige (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren vor allem damit, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund des § 98 Z 2 BVergG 2002 nicht gegeben wäre. Die von der Antragstellerin erarbeiteten Unterlagen seien allen Mitbieterinnen zur Verfügung gestanden. Hinsichtlich der statischen Vorberechnungen sei zu berücksichtigen, dass bei Erstellung noch keinerlei Lastangaben aus dem Fachbereich Anlagentechnik vorlagen und die

Ergebnisse der Vorberechnungen ohnehin nicht weiter verwendbar seien. Soweit die Antragsgegnerin ausführt, die Antragstellerin hätte im Zuge der Angebotsprüfung von Ausführungsarbeiten Kenntnis von den Preisen der Bieter in diesen Verfahren erhalten, sei dem entgegen zu halten, dass dies nicht unter den Tatbestand des § 98 Z 2 BVergG 2002 fällt. Dieser beziehe sich ausschließlich auf die Erarbeitung von Unterlagen. An der Erarbeitung von Unterlagen hätte die Antragstellerin nicht mitgewirkt. Der von der Antragstellerin „erstellten Ausschreibung lag mangels Lastangaben seitens des Auftraggebers kein Konstruktionsentwurf zugrunde“. Da die Antragstellerin weder die von der Antragsgegnerin beizustellenden Bauführungs- und Belastungsangaben noch die sich daraus ergebenden wesentlichen Einflüsse auf das künftige Mengengerüst kenne, noch das derzeit beauftragte Mengengerüst bekannt sei, könne von einem relevanten Informationsvorsprung keine Rede sein. Soweit die Antragsgegnerin behauptet, das Angebot der Antragstellerin sei auch deswegen auszuschneiden gewesen, weil ein ausschreibungswidriges Pauschalangebot vorliege, sei auch dieser Umstand nicht gegeben. Gegen diese Zuschlagsentscheidung, soweit sie das Los 1 betrifft, richtet sich der am 25.10.2005 überreichte und damit rechtzeitige (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren vor allem damit, dass die Ausscheidung ihres Angebotes zu Unrecht erfolgt sei, weil der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund des Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 nicht gegeben wäre. Die von der Antragstellerin erarbeiteten Unterlagen seien allen Mitbietern zur Verfügung gestanden. Hinsichtlich der statischen Vorberechnungen sei zu berücksichtigen, dass bei Erstellung noch keinerlei Lastangaben aus dem Fachbereich Anlagetechnik vorlagen und die Ergebnisse der Vorberechnungen ohnehin nicht weiter verwendbar seien. Soweit die Antragsgegnerin ausführt, die Antragstellerin hätte im Zuge der Angebotsprüfung von Ausführungsarbeiten Kenntnis von den Preisen der Bieter in diesen Verfahren erhalten, sei dem entgegen zu halten, dass dies nicht unter den Tatbestand des Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 fällt. Dieser beziehe sich ausschließlich auf die Erarbeitung von Unterlagen. An der Erarbeitung von Unterlagen hätte die Antragstellerin nicht mitgewirkt. Der von der Antragstellerin „erstellten Ausschreibung lag mangels Lastangaben seitens des Auftraggebers kein Konstruktionsentwurf zugrunde“. Da die Antragstellerin weder die von der Antragsgegnerin beizustellenden Bauführungs- und Belastungsangaben noch die sich daraus ergebenden wesentlichen Einflüsse auf das künftige Mengengerüst kenne, noch das derzeit beauftragte Mengengerüst bekannt sei, könne von einem relevanten Informationsvorsprung keine Rede sein. Soweit die Antragsgegnerin behauptet, das Angebot der Antragstellerin sei auch deswegen auszuschneiden gewesen, weil ein ausschreibungswidriges Pauschalangebot vorliege, sei auch dieser Umstand nicht gegeben.

Unter Anwendung der von der Antragsgegnerin vorgegebenen Zuschlagskriterien hätte die Antragstellerin als Bestbieter ermittelt werden müssen. Durch die Ausscheidung des Angebotes drohe der Antragstellerin ein gravierender Schaden, insbesondere durch frustrierte Kosten der Angebotserstellung, „aber auch Verdienstentgang sowie verloren gehende Auslastung“. Sie beziffert diesen Schaden, unter Berücksichtigung eines kalkulatorischen Gewinns in Höhe von 15 % der Honorarsumme, insgesamt mit EUR 103.554,56. Dazu kämen noch die Kosten einer verlorenen Referenz.

Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Antragstellung unterrichtet worden, die Pauschalgebühren wären entrichtet worden.

In der Begründung zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung stützt sich die Antragstellerin zunächst auf ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Würde der Zuschlag, wie angekündigt, der Arbeitsgemeinschaft erteilt werden, hätte die Antragstellerin keine Chance mehr den Auftrag zu erhalten und würde den zur Begründung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung angeführten Schaden erleiden. Wesentliche öffentliche Interessen oder Interessen der Auftraggeberin stünden der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht entgegen, insbesondere sei durch eine solche keine ungebührliche Verzögerung zu befürchten bzw. wäre das Nachprüfungsverfahren in die Fristenplanung einzukalkulieren gewesen.

Die Antragsgegnerin hat sich im Schriftsatz vom 2.11.2005 gegen die Argumentation der Antragstellerin ausgesprochen und insbesondere beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab- oder zurückzuweisen. Im Einzelnen führt sie dazu aus, die Antragstellerin sei ihrer Mitteilungspflicht nach § 14 Abs. 1 WVRG nicht nachgekommen. In dem der Antragsgegnerin am 25.10.2005 zugegangenen Schreiben sei sie nicht von der „Absicht“, ein Nichtigerklärungsverfahren gemäß § 13 Abs. 1 WVRG einzuleiten, informiert worden. De facto sei die Antragsgegnerin über den eingebrachten Nachprüfungsantrag in Kenntnis gesetzt worden, in diesem Sinne sei die

Mitteilung daher auch nicht unverzüglich erfolgt. Vor allem sei dem Schreiben vom 25.10.2005 selbst nicht die geltend gemachte Rechtswidrigkeit genau zu entnehmen, es werde lediglich auf den nunmehr gegenständlichen Nachprüfungsantrag verwiesen. Ein derartiger bloßer Verweis werde der Verpflichtung zur genauen Bezeichnung der Rechtswidrigkeit nach § 14 WVRG nicht gerecht. Die Antragsgegnerin hat sich im Schriftsatz vom 2.11.2005 gegen die Argumentation der Antragstellerin ausgesprochen und insbesondere beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab- oder zurückzuweisen. Im Einzelnen führt sie dazu aus, die Antragstellerin sei ihrer Mitteilungspflicht nach Paragraph 14, Absatz eins, WVRG nicht nachgekommen. In dem der Antragsgegnerin am 25.10.2005 zugegangenen Schreiben sei sie nicht von der „Absicht“, ein Nichtigerklärungsverfahren gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG einzuleiten, informiert worden. De facto sei die Antragsgegnerin über den eingebrachten Nachprüfungsantrag in Kenntnis gesetzt worden, in diesem Sinne sei die Mitteilung daher auch nicht unverzüglich erfolgt. Vor allem sei dem Schreiben vom 25.10.2005 selbst nicht die geltend gemachte Rechtswidrigkeit genau zu entnehmen, es werde lediglich auf den nunmehr gegenständlichen Nachprüfungsantrag verwiesen. Ein derartiger bloßer Verweis werde der Verpflichtung zur genauen Bezeichnung der Rechtswidrigkeit nach Paragraph 14, WVRG nicht gerecht.

In der Sache selbst führt die Antragsgegnerin aus, dass sie von der Stadt Wien mit der Errichtung der MVA Pfaffenau zur Sicherstellung der gesetzeskonformen thermischen Behandlung von in Wien anfallenden Abfällen beauftragt worden sei. Derzeit dürften noch Abfälle am Rautenweg deponiert werden, spätestens zum 31.12.2008 seien derartige Abfälle thermisch nach den Vorschriften der Deponieverordnung zu behandeln. In Erfüllung dieser gesetzlichen Vorgaben habe die Antragsgegnerin nach Beendigung des Umweltverträglichkeitsprüfungs-Verfahrens zunächst die Errichtung MVA Pfaffenau in Form einer Gesamtausschreibung mit der Option eines Generalunternehmerauftrages EU-weit ausgeschrieben. Ausgeschrieben seien die Werke Bauleistung, Feuerung, EMSR, Wasser-Dampf-System und Rauchgasreinigung gewesen. Die Vorentwurfsplanung, die Einreichplanung, die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und die Prüfung der eingereichten Angebote für die Bauleistungen habe die Antragstellerin übernommen. Nach Vorliegen der Angebote habe sich im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens herausgestellt, dass ein Generalunternehmerauftrag nicht möglich sei. Dadurch habe sich für die Antragsgegnerin nachträglich die Notwendigkeit ergeben, die gegenständlichen Planungsleistungen ebenfalls öffentlich auszuschreiben. Diese Planungsleistungen hätten nach der ursprünglichen Absicht der Antragsgegnerin vom Generalunternehmer erbracht werden sollen. Deshalb sei es am 8.7.2005 zu einer europaweiten Ausschreibung der gegenständlichen Dienstleistungen gekommen. Mittlerweile seien die Vergabeverfahren bezüglich der gesamt ausgeschrieben Ausführungsleistungen erfolgreich abgeschlossen und nach Ablauf der 14tägigen Stillhaltefrist an alle fünf ausführenden Unternehmen vergeben worden. Um tatsächlich mit der Ausführung der vergebenen Leistungen beginnen zu können, ist die Vergabe der Polier- und Ausführungsplanung mit statisch-konstruktiver Bearbeitung notwendig. Im Hinblick auf die Anfechtung durch die Antragstellerin, soweit sie das in der Zuschlagsentscheidung angeführte Los 1 betrifft, werde ein Fortschritt der Arbeiten verhindert. Erst mit Beauftragung der gegenständlichen Planungs- und Prüfleistungen könne auch mit den auszuführenden Arbeiten begonnen werden bzw. der diesbezügliche Projektplan in Gang gesetzt werden.

Es sei ein überwiegendes öffentliches Interesse daran gegeben, diese Arbeiten unverzüglich in Gang zu setzen, wozu die Beauftragung der gegenständlich ausgeschrieben Planungs- und Prüfleistungen erforderlich sei. Die MVA Pfaffenau sei für die thermische Behandlung von 250.000 t Abfällen pro Jahr der Stadt Wien bestimmt. Nach Fertigstellung der MVA Pfaffenau sei es der Stadt Wien möglich, das Abfallwirtschaftsgesetz 2002 zu erfüllen. Derzeit sei die Stadt Wien aufgrund einer Ausnahmebestimmung bis längstens 31.12.2008 in der Lage, diese Abfälle auf die Deponie „Rautenweg“ zu verbringen. Eine Verlängerung dieser Sonderausnahmegenehmigung zu Gunsten der Stadt Wien sei ausgeschlossen, bis 31.12.2008 benötige die Stadt Wien daher eine Ersatzbehandlungsanlage für Siedlungsabfälle bzw. den sogenannten Hausmüll und den hausmüllähnlichen Abfall. Dies bedeutet, dass die MVA spätestens am 31.12.2008 in Betrieb gehen müsse. Die Ausnahmegenehmigung zu Gunsten der Stadt Wien sei finanziell sehr belastend, da für die Deponierung von Abfällen die Stadt Wien ab 1.1.2006 als Betreiber der Deponie „Rautenweg“ aufgrund gesetzlicher Bestimmung EUR 87,-- pro Tonne Altlastenbeitrag zu entrichten habe. Bei der thermischen Verwertung des gleichen Abfalls sei dagegen bloß ein Altlastenbeitrag von EUR 7,-- pro Tonne zu zahlen. Dies bedeute, dass für jede Tonne, die die Stadt Wien nicht deponieren muss, sondern thermisch behandeln kann, eine Ersparnis von EUR 80,-- gegeben ist. Im Falle der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung würde sich die Fertigstellung der MVA Pfaffenau um zumindest 2 ½ Monate verzögern. Erst nach Vergabe der gegenständlichen

Ausführungsplanung sei es möglich mit den bereits ausgeschriebenen und beauftragten Ausführungsleistungen zu beginnen. Die ausführenden Unternehmen würden für den Beginn ihrer Arbeiten die Ausführungsplanung benötigen. Die Ausführungsfristen seien derartig knapp, dass eine weitere Verkürzung ausgeschlossen sei. Sollte die einstweilige Verfügung wie beantragt erlassen werden, so könnte mit einer Fertigstellung und Inbetriebnahme des Projektes erst Mitte November 2008, also knapp vor Ablauf der letztgültigen Fallfrist nach dem Abfallwirtschaftsgesetz und der Deponieverordnung, gerechnet werden.

Vor allem aber hätte die Stadt Wien bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung einen zusätzlichen Altlastenbeitrag in Höhe von EUR 4.166.560,-- zu bezahlen, weil die MVA eben erst verspätet in Betrieb gehen könne. Dieser für die Stadt Wien zu erwartende Aufwand werde noch dadurch erhöht, dass mittlerweile alle Ausführungsleistungen mit einem Gesamtauftragsvolumen von ca. EUR 176.300.000,-- vergeben worden seien. Entsprechend der ÖNORM B 2110 seien die Preise, zu denen die ausführenden Unternehmen beauftragt wurden, veränderlich. Eine Verzögerung der Polier- und Ausführungsplanung durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung hätte eine unmittelbare Verzögerung der Bauausführung um 2 ½ Monate und damit auch eine Verzögerung der Rechnungslegung um 2 ½ Monate zur Folge. Im Hinblick auf die vereinbarten veränderlichen Preise sei mit gestiegenen Ausführungskosten zu rechnen, die auf die Auftraggeberin überwält würden. Nach den Berechnungen der Antragsgegnerin sei bei einer Bauverzögerung von 2 ½ Monaten unter Berücksichtigung einer durchschnittlichen Preiserhöhung von 2% mit gestiegenen Ausführungskosten von rund EUR 734.000,-- zu rechnen.

Stelle man diese Beträge den von der Antragstellerin behaupteten, ihr drohenden Schaden gegenüber, ergebe sich ein eindeutiges Überwiegen der Interessen der Auftraggeberin an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens. Selbst wenn man die „Referenzwirkung“ mitberücksichtigen wollte, sei der Verlust einer derartigen Referenz bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages kaum ins Gewicht fallend, weil die Antragstellerin ohnehin nahezu alle Planungsleistungen in Zusammenhang mit der gegenständlichen MVA durchgeführt habe, mit Ausnahme der Ausführungsplanung. Bereits diese Planungsleistungen würden eine ausreichende Referenz für andere Bewerbungen abgeben.

Zu dem der Antragstellerin drohenden Schaden führt die Antragsgegnerin weiter aus, dass dem von ihr angegebenen kalkulatorischen Gewinn von EUR 97.500,--, welcher letztlich auch im Wege einer Schadensersatzklage geltend gemacht werden könne, das Interesse der Stadt Wien an der Reduktion der Abgabenbelastungen in Höhe von EUR 4.166.560,-- und das Interesse der Antragsgegnerin an der Reduktion der Baukosten in Höhe von rund EUR 734.000,-- entgegen stünden. Während die Antragstellerin für den Fall der Abweisung der einstweiligen Verfügung ihre finanziellen Interessen im Wege des Schadenersatzes geltend machen könne, könnten weder die Auftraggeberin noch die Stadt Wien die zusätzlichen Ausgaben und Kosten gegenüber der Antragstellerin oder sonstigen Institutionen geltend machen bzw. verhindern.

Die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene ARGE hat am 31.10.2005 einen Teilnahmeantrag gestellt, sich gegen den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen und vor allem darauf hingewiesen, ein vitales Interesse am Vertragsabschluss zu haben. Dazu verweist sie auf die zu ihren Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung und führt aus, dass sie im Falle der Nichtberücksichtigung ihres Angebots einen Vermögensschaden von rund EUR 98.000,-- erleiden würde. Mit Bescheid vom 4.11.2005 wurde dem Teilnahmeantrag stattgegeben.

Ausgehend vom Vorbringen der am Verfahren Beteiligten in ihren Schriftsätzen und dem Inhalt der Vergabeakten trifft der Vergabekontrollsenat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung folgende weitere Feststellungen:

Der am 25.10.2005 überreichte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.10.2005 ist rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) und auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002 bekämpft wird. Die Verständigung der Antragsgegnerin ist gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig erfolgt. Die Antragstellerin hat auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 17 Abs. 1 WVRG. Damit liegen die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 WVRG vor, weshalb das von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärungsverfahren einzuleiten war. Der am 25.10.2005 überreichte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 12.10.2005 ist rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) und auch zulässig, da damit eine gesondert

anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002 bekämpft wird. Die Verständigung der Antragsgegnerin ist gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig erfolgt. Die Antragstellerin hat auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Damit liegen die Voraussetzungen des Paragraph 22, Absatz 2, WVRG vor, weshalb das von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärungsverfahren einzuleiten war.

Die Antragsgegnerin hat sich in ihrer Stellungnahme vom 2.11.2005 insbesondere gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen, mit Schriftsatz vom 3.11.2005 hat sie beantragt, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ab- bzw. zurückzuweisen. In ihrem Schriftsatz zur einstweiligen Verfügung hat sie insbesondere ihr Interesse an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens dargelegt und entsprechend bescheinigt.

Die Angebotseröffnung erfolgte am 30.8.2005. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin zum Los 1 mit einem Gesamtpreis von EUR 622.635,-- netto als jenes mit dem geringsten Preis verlesen. Mit Schreiben vom 19.10.2005 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot für das Los 1 nach § 98 Z 2 und Z 8 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen sei. Die Angebotseröffnung erfolgte am 30.8.2005. Dabei wurde das Angebot der Antragstellerin zum Los 1 mit einem Gesamtpreis von EUR 622.635,-- netto als jenes mit dem geringsten Preis verlesen. Mit Schreiben vom 19.10.2005 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass deren Angebot für das Los 1 nach Paragraph 98, Ziffer 2 und Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen sei.

Von diesen, im Wesentlichen als unstrittig anzusehenden Sachverhalt, der auch durch die Vergabeakten gedeckt ist, hat der Vergabekontrollsenat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwogen:

Soweit die Antragsgegnerin die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung deshalb begehrt, weil die Antragstellerin nicht in einer der Bestimmung des § 14 Abs. 1 WVRG entsprechenden Art und Weise ihrer Verständigungspflicht nachgekommen wäre, erweist sich dies als unbegründet. Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG hat ein Unternehmer, sofern er die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt, den Auftraggeber unverzüglich elektronisch, mittels Telefax oder in sonstiger schriftlicher Weise von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens zu verständigen. In dieser Verständigung ist die geltend gemachte Rechtswidrigkeit genau zu bezeichnen. Die Verständigung hat spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Antrages auf Nichtigerklärung zu erfolgen. Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin vollkommen entsprochen. Mit Schreiben vom 25.10.2005, das der Antragsgegnerin im Faxwege am gleichen Tage um 10.38 Uhr zugekommen ist, hat die Antragstellerin diese von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verständigt und zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten auf den diesem Schreiben angeschlossenen Entwurf des einleitenden Schriftsatzes verwiesen. Der Nachprüfungsantrag selbst wurde am gleichen Tage in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates überreicht. Damit ist aber die Antragstellerin ihrer Verpflichtung, die Antragsgegnerin „spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Antrages auf Nichtigerklärung“ zu verständigen, nachgekommen. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden, auch des Vergabekontrollsenates Wien, ist die Übermittlung des Nachprüfungsantrages mit diesem Verständigungsschreiben vollkommen ausreichend, um den Auftraggeber von den geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zu unterrichten. Der Antrag, der im übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 2 WVRG entspricht, ist somit formal zulässig, inhaltlich jedoch nicht berechtigt. Soweit die Antragsgegnerin die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung deshalb begehrt, weil die Antragstellerin nicht in einer der Bestimmung des Paragraph 14, Absatz eins, WVRG entsprechenden Art und Weise ihrer Verständigungspflicht nachgekommen wäre, erweist sich dies als unbegründet. Gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG hat ein Unternehmer, sofern er die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt, den Auftraggeber unverzüglich elektronisch, mittels Telefax oder in sonstiger schriftlicher Weise von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens zu verständigen. In dieser Verständigung ist die geltend gemachte Rechtswidrigkeit genau zu bezeichnen. Die Verständigung hat spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Antrages auf Nichtigerklärung zu erfolgen. Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin vollkommen entsprochen. Mit Schreiben vom 25.10.2005, das der Antragsgegnerin im Faxwege am gleichen Tage um 10.38 Uhr zugekommen ist, hat die Antragstellerin diese von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verständigt und zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten auf den diesem Schreiben angeschlossenen Entwurf des einleitenden Schriftsatzes verwiesen. Der Nachprüfungsantrag selbst wurde am gleichen Tage in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates überreicht. Damit ist aber die Antragstellerin ihrer Verpflichtung, die Antragsgegnerin „spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Antrages auf Nichtigerklärung“ zu

verständigen, nachgekommen. Nach ständiger Rechtssprechung der Vergabekontrollbehörden, auch des Vergabekontrollsenates Wien, ist die Übermittlung des Nachprüfungsantrages mit diesem Verständigungsschreiben vollkommen ausreichend, um den Auftraggeber von den geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zu unterrichten. Der Antrag, der im übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz 2, WVRG entspricht, ist somit formal zulässig, inhaltlich jedoch nicht berechtigt.

Gemäß § 23 Abs. 3 WVRG hat der Vergabekontrollsenat 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 deren Erlassung abzuweisen. Gemäß Paragraph 23, Absatz 3, WVRG hat der Vergabekontrollsenat 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 deren Erlassung abzuweisen.

Ein derartiges Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, die sich zu Lasten der Antragsgegnerin auswirken würden, liegt gegenständlich aus nachstehenden Überlegungen vor:

Nach der Wiener Deponieverordnung, LGBl. für Wien Nr. 55/2003, die in Erfüllung der Vorschriften des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 - AWG 2002, ergangen ist, darf die Deponierung von Abfällen, deren Anteil an organischem Kohlenstoff mehr als 5 % beträgt, auf der Deponie „Rautenweg“ nur mehr bis 31.12.2008 erfolgen. Ab diesem Zeitpunkt benötigt die Stadt Wien eine Ersatzbehandlungsanlage für jene Abfälle, deren Anteil an organischem Kohlenstoff mehr als 5 Masseprozent beträgt. Nach § 6 Abs. 1 des Altlastensanierungsgesetzes in der Fassung BGBl. I 2004/136, hat die Stadt Wien für die Deponierung derartiger Abfälle in der Deponie „Rautenweg“ EUR 87,-- pro Tonne Altlastenbeitrag zu entrichten, wobei es sich dabei ausschließlich um eine Bundesabgabe handelt. Bei der thermischen Verwertung des gleichen Abfalls ist bloß ein Altlastenbeitrag von EUR 7,-- pro Tonne zu entrichten. Für jede Tonne, die somit nicht deponiert, sondern thermisch behandelt (verbrannt) wird, erspart sich die Stadt Wien EUR 80,--. Je früher der Auftraggeber mit der thermischen Verwertung dieses Abfalls beginnen kann, desto größer ist seine Ersparnis. Geht man von den von der Antragsgegnerin plausibel dargestellten Abfallmengen von rund 250.000 Tonnen pro Jahr aus, und rechnet man dies auf einen Zeitraum von rund 2 ½ Monate um, so ergibt sich durchaus nachvollziehbar der von der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme angeführte vermeidbare Mehraufwand von über EUR 4.000.000,--. Nach der Wiener Deponieverordnung, LGBl. für Wien Nr. 55 aus 2003,, die in Erfüllung der Vorschriften des Abfallwirtschaftsgesetzes 2002 - AWG 2002, ergangen ist, darf die Deponierung von Abfällen, deren Anteil an organischem Kohlenstoff mehr als 5 % beträgt, auf der Deponie „Rautenweg“ nur mehr bis 31.12.2008 erfolgen. Ab diesem Zeitpunkt benötigt die Stadt Wien eine Ersatzbehandlungsanlage für jene Abfälle, deren Anteil an organischem Kohlenstoff mehr als 5 Masseprozent beträgt. Nach Paragraph 6, Absatz eins, des Altlastensanierungsgesetzes in der Fassung BGBl. römisch eins 2004/136, hat die Stadt Wien für die Deponierung derartiger Abfälle in der Deponie „Rautenweg“ EUR 87,-- pro Tonne Altlastenbeitrag zu entrichten, wobei es sich dabei ausschließlich um eine Bundesabgabe handelt. Bei der thermischen Verwertung des gleichen Abfalls ist bloß ein Altlastenbeitrag von EUR 7,-- pro Tonne zu entrichten. Für jede Tonne, die somit nicht deponiert, sondern thermisch behandelt (verbrannt) wird, erspart sich die Stadt Wien EUR 80,--. Je früher der Auftraggeber mit der thermischen Verwertung dieses Abfalls beginnen kann, desto größer ist seine Ersparnis. Geht man von den von der Antragsgegnerin plausibel dargestellten Abfallmengen von rund 250.000 Tonnen pro Jahr aus, und rechnet man dies auf einen Zeitraum von rund 2 ½ Monate um, so ergibt sich durchaus nachvollziehbar der von der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme angeführte vermeidbare Mehraufwand von über EUR 4.000.000,--.

Zu diesen rund EUR 4.000.000,-- kommt noch, wie von der Antragsgegnerin ebenfalls durchaus plausibel und nachvollziehbar dargestellt, ein durch die verspätete Abrechnung zu erwartender Mehraufwand bei den Ausführungskosten von rund EUR 734.000,--. Durch die Erklärung an Eides statt des für die Errichtung des Objektes verantwortlichen DI ***, sind auch die Angaben der Antragstellerin zur zeitlichen Planung und den zu befürchtenden Verzögerungen als ausreichend bescheinigt anzusehen.

Der durch die beantragte einstweilige Verfügung zu erwartende Zeitaufwand von rund 2 ½ Monaten ist im Hinblick auf

die Bestimmung des § 23 Abs. 5 WVRG und den von der Antragstellerin begehrten Zeitraum durchaus realistisch. Der durch die beantragte einstweilige Verfügung zu erwartende Zeitaufwand von rund 2 ½ Monaten ist im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 23, Absatz 5, WVRG und den von der Antragstellerin begehrten Zeitraum durchaus realistisch.

Diesem, der Auftraggeberin drohende Nachteil steht der von der Antragstellerin behauptete, ihr drohende Schaden von rund EUR 103.000,-- und der Verlust einer Referenz gegenüber. Der bescheinigte Schaden der Antragsgegnerin wäre damit um ein Vielfaches größer als der behauptete Schaden der Antragstellerin. Dazu kämen noch Folgekosten wegen der verlängerten Ausführungsdauer, die ebenfalls für sich alleine gesehen den von der Antragstellerin behaupteten Schaden um ein Mehrfaches überschreiten (vgl. BVA 27.9.2001, N-96/01-8; BVA 11.12.2000, N- 58/00-12 UA). Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zur Frage des Ersatzes des der Antragstellerin möglicherweise drohenden Schadens darauf hin, dass sie bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages Schadenersatz zu erhalten hätte. Soweit die Antragstellerin aber auch auf den Verlust drohender Referenzen verweist, kann auch hier der Argumentation der Antragsgegnerin gefolgt werden, wonach im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin bereits den überwiegenden Teil der Planungsleistungen für das gegenständliche Objekt erbracht hat, nicht ersichtlich ist, worin ein besonderer Referenzverlust liegen sollte, wenn sie nicht auch den gegenständlich ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag erhalten sollte. Diesem, der Auftraggeberin drohende Nachteil steht der von der Antragstellerin behauptete, ihr drohende Schaden von rund EUR 103.000,-- und der Verlust einer Referenz gegenüber. Der bescheinigte Schaden der Antragsgegnerin wäre damit um ein Vielfaches größer als der behauptete Schaden der Antragstellerin. Dazu kämen noch Folgekosten wegen der verlängerten Ausführungsdauer, die ebenfalls für sich alleine gesehen den von der Antragstellerin behaupteten Schaden um ein Mehrfaches überschreiten vergleiche BVA 27.9.2001, N-96/01-8; BVA 11.12.2000, N- 58/00-12 UA). Zutreffend verweist die Antragsgegnerin zur Frage des Ersatzes des der Antragstellerin möglicherweise drohenden Schadens darauf hin, dass sie bei Stattgebung ihres Nichtigerklärungsantrages Schadenersatz zu erhalten hätte. Soweit die Antragstellerin aber auch auf den Verlust drohender Referenzen verweist, kann auch hier der Argumentation der Antragsgegnerin gefolgt werden, wonach im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin bereits den überwiegenden Teil der Planungsleistungen für das gegenständliche Objekt erbracht hat, nicht ersichtlich ist, worin ein besonderer Referenzverlust liegen sollte, wenn sie nicht auch den gegenständlich ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag erhalten sollte.

Der Antragsgegnerin ist es vorliegend gelungen, ihr besonderes öffentliches und wirtschaftliches Interesse an der raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens schon im Hinblick auf die gesetzlichen Vorgaben glaubhaft zu machen. Es war daher ihrem Antrag auf Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folge zu geben und wie aus dem Spruche ersichtlich zu entscheiden.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch begehrt, der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen. Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen wurde, liegen die Voraussetzungen des § 30 Abs. 5 WVRG nicht vor. Die Antragstellerin hat mit ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch begehrt, der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen. Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen wurde, liegen die Voraussetzungen des Paragraph 30, Absatz 5, WVRG nicht vor.

Schlagworte

Abweisung eines Antrages auf EV; überwiegendes Interesse des Auftraggebers.

Dokumentnummer

VERGT_20051104_3340_05_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>