

TE Verg Bescheid 2001/10/29 N-107/01-08

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.10.2001

Norm

BVergG 1997 §1

BVergG 1997 §11 Abs1 Z4

BVergG 1997 §116 Abs1

BVergG 1997 §116 Abs3

AVG §38

AVG §38a

EGV Art234

1. AVG § 38 heute
2. AVG § 38 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 38 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013
1. AVG § 38a heute
2. AVG § 38a gültig ab 01.01.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
3. AVG § 38a gültig von 01.07.1995 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

Text

BESCHEID:

Der Senat 9 des Bundesvergabeamtes hat am 25. Oktober durch die Richterin Dr. Friederike LENK als Vorsitzende und die Beisitzer Dr. Friedrich RESEL als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut HEINDL als Mitglied der Auftragnehmerseite wie folgt entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 27/1998, BGBl. I Nr. 80/1999, BGBl. I Nr. 120/1999, BGBl. I Nr. 125/2000, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung, Montage, Implementierung von diversen Netzwerk- Elektronik-Bauteilen und Netzwerkmanagement, Software inkl. Schulung" des Auftraggebers Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, wird dem Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X***, vom 22. Oktober 2001 auf Erlassung im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 2000,, betreffend das Vergabeverfahren

"Lieferung, Montage, Implementierung von diversen Netzwerk- Elektronik-Bauteilen und Netzwerkmanagement, Software inkl. Schulung" des Auftraggebers Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien, wird dem Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X***, vom 22. Oktober 2001 auf Erlassung

einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber bis zur Entscheidung über den Antrag auf Aufhebung der Auftraggeberentscheidung untersagt wird, den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erteilen, teilweise stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 25. November 2001 untersagt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird, soweit er sich auf den Zeitraum über den 25. November 2001 hinaus bezieht, einer gesonderten Erledigung vorbehalten.

Rechtsgrundlage: § 116 Abs. 1, 3, 4 und 5 BVergG sowie § 59 Abs. 1 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraph 116, Absatz eins, 3, 4 und 5 BVergG sowie Paragraph 59, Absatz eins, AVG

Begründung:

Die Antragstellerin stellte am 22. Oktober 2001 das im Spruch ersichtliche Begehren iVm einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. In der Begründung führte die Antragstellerin im wesentlichen aus, dass in der Ausschreibung kein Hinweis zu finden gewesen sei, dass die gelieferten Gegenstände fabrikneu sein müssen. Es sei lediglich gefordert worden, dass die Geräte allen geltenden Sicherheitsbestimmungen entsprechen. Die von der Antragstellerin angebotenen, generalüberholten Produkte seien mit fabriksneuen Produkten völlig gleichwertig, weil diese Produkte keiner mechanischen oder anderweitigen Abnutzung unterlägen. Die Antragstellerin habe das billigste Angebot erstattet, dieses sei technisch völlig gleichwertig mit den Angeboten der anderen Bieter und entspreche der Ausschreibung, weshalb ihm der Zuschlag zu erteilen sei. Die Antragstellerin stellte am 22. Oktober 2001 das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. In der Begründung führte die Antragstellerin im wesentlichen aus, dass in der Ausschreibung kein Hinweis zu finden gewesen sei, dass die gelieferten Gegenstände fabrikneu sein müssen. Es sei lediglich gefordert worden, dass die Geräte allen geltenden Sicherheitsbestimmungen entsprechen. Die von der Antragstellerin angebotenen, generalüberholten Produkte seien mit fabriksneuen Produkten völlig gleichwertig, weil diese Produkte keiner mechanischen oder anderweitigen Abnutzung unterlägen. Die Antragstellerin habe das billigste Angebot erstattet, dieses sei technisch völlig gleichwertig mit den Angeboten der anderen Bieter und entspreche der Ausschreibung, weshalb ihm der Zuschlag zu erteilen sei.

Aufgrund dieser rechtswidrigen Entscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden, nämlich der Entgang des Auftrages, der für sie einen Gewinn von zumindest 97.200 Euro bedeutet hätte. Zur Abwehr dieses Schadens sei es notwendig, die beantragte vorläufige Maßnahme zu erlassen, um zu verhindern, dass der Auftraggeber den Zuschlag erteile und so die Antragstellerin um den Auftrag bringe.

Mit Schreiben vom 24. Oktober 2001 teilte der Auftraggeber mit, dass ihm im Falle der Verzögerung der Vergabe um 2 Monate ein Schaden von ATS 1,754.000 Millionen drohe. Zudem bestünde die Gefahr, dass eine Verringerung der Behandlungskapazitäten der Krankenhäuser, für die die Lieferungen bestimmt seien, drohe, wenn das ausgeschriebene Netzwerk nicht rechtzeitig in Betrieb genommen werden könne. Weiters beantragte der Auftraggeber, die begehrte einstweilige Verfügung nicht zu erlassen. Der Antrag auf Erlassung einer vorläufigen Maßnahme sei nämlich rechtsmissbräuchlich gestellt worden. Der Antrag auf Aufhebung der Auftraggeberentscheidung, zu dessen Absicherung der Antrag auf Erlassung einer vorläufigen Maßnahme gestellt worden sei, sei nämlich völlig aussichtslos. Die Antragstellerin habe selbst zugegeben, keine fabriksneuen Geräte angeboten zu haben, sondern gebrauchte Geräte. Aufgrund ständiger Rechtssprechung der österreichischen Zivilgerichte sei mangels besonderer Vereinbarung stets fabrikneue Ware geschuldet. Gebrauchte Geräte seien in der Ausschreibung nicht ausdrücklich zugelassen worden, weshalb das Angebot der Antragstellerin ohne weitere Prüfung auszuschneiden gewesen sei.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens festgestellt und erwogen:

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 11 Abs. 1 Z 4 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag im Sinne des § 1 BVergG zu qualifizieren. Da der Auftraggeber trotz Die

Allgemeine Unfallversicherungsanstalt ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag im Sinne des Paragraph eins, BVergG zu qualifizieren. Da der Auftraggeber trotz

Aufforderung des Bundesvergabeamtes gemäß § 106 Abs. 1 BVergG keine Angaben über den geschätzten Auftragswert gemacht hat, war gemäß § 106 Abs. 2 BVergG von den diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin auszugehen. Danach beträgt der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Lieferung ca. 1 Million Euro, sodass der Schwellenwert gemäß § 5 Abs. 2 BVergG von mindestens 200.000 Euro jedenfalls überschritten wird. Da nach den Angaben des Auftraggebers der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt im vorliegenden Fall aufgrund des zulässigen Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Auftraggeberentscheidung zur Nachprüfung gemäß § 113 Abs. 2 BVergG sowie aufgrund des entsprechenden Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 116 BVergG zuständig. Aufforderung des Bundesvergabeamtes gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG keine Angaben über den geschätzten Auftragswert gemacht hat, war gemäß Paragraph 106, Absatz 2, BVergG von den diesbezüglichen Angaben der Antragstellerin auszugehen. Danach beträgt der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Lieferung ca. 1 Million Euro, sodass der Schwellenwert gemäß Paragraph 5, Absatz 2, BVergG von mindestens 200.000 Euro jedenfalls überschritten wird. Da nach den Angaben des Auftraggebers der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt im vorliegenden Fall aufgrund des zulässigen Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Auftraggeberentscheidung zur Nachprüfung gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG sowie aufgrund des entsprechenden Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 116, BVergG zuständig.

Gemäß § 116 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt 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 § 116 Abs. 3 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. Gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt 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 116, Absatz 3, 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 § 116 Abs. 4 BVergG können mit einstweiliger Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 116, Absatz 4, BVergG können mit einstweiliger 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 die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG auszuschneiden, behauptet. Diese Behauptung erscheint zwar nicht denkunmöglich, jedoch hat der Auftraggeber ausdrücklich vorgebracht, dass derDie Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden, behauptet. Diese Behauptung erscheint zwar nicht denkunmöglich, jedoch hat der Auftraggeber ausdrücklich vorgebracht, dass der

gegenständliche Antrag in der Hauptsache völlig aussichtslos sei, da die Antragstellerin selbst zugegeben habe, keine fabrikneuen Geräte angeboten zu haben. Da das Bundesvergabeamt die Frage der Berücksichtigung der Erfolgsaussichten eines Antrages auf Nichtigkeitsklärung einer rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung im Rahmen der

durchzuführenden Interessenabwägung dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, kann dieses Vorbringen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des EuGH nicht berücksichtigt werden.

Im Rahmen der Interessenabwägung gemäß § 116 Abs. 3 BVergG war daher zunächst der behauptete Schaden der Antragstellerin von rund ATS 1.377.000,- zu berücksichtigen und jenem des Auftraggebers von ATS 1.754.000,- gegenüberzustellen. Obgleich der Schaden des Auftraggebers jenen der Antragstellerin rein ziffernmäßig überwiegt, kann aufgrund dieses relativ geringen Unterschiedes nicht von einem Überwiegen im Sinne des § 116 Abs. 3 letzter Satz BVergG gesprochen werden. Auch sind die vom Auftraggeber unter Punkt 3 seiner Stellungnahme vom 24. Oktober 2001 vorgebrachten Argumente in sich unschlüssig, da betriebliche Einschränkungen nur dann vorgenommen werden können, wenn ein bereits bestehendes Netzwerk verfügbar ist. Da es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen jedoch um eine wesentliche Funktionserweiterung, sohin um neue Netzwerke handelt, scheinen die vom Auftraggeber für den Fall der Erlassung einer einstweiligen Verfügung behaupteten betrieblichen Einschränkungen für den Senat nicht plausibel und nachvollziehbar. Diesbezügliche Ermittlungen konnten jedoch auf Grund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren nicht angestellt werden. Im Rahmen der Interessenabwägung gemäß Paragraph 116, Absatz 3, BVergG war daher zunächst der behauptete Schaden der Antragstellerin von rund ATS 1.377.000,- zu berücksichtigen und jenem des Auftraggebers von ATS 1.754.000,- gegenüberzustellen. Obgleich der Schaden des Auftraggebers jenen der Antragstellerin rein ziffernmäßig überwiegt, kann aufgrund dieses relativ geringen Unterschiedes nicht von einem Überwiegen im Sinne des Paragraph 116, Absatz 3, letzter Satz BVergG gesprochen werden. Auch sind die vom Auftraggeber unter Punkt 3 seiner Stellungnahme vom 24. Oktober 2001 vorgebrachten Argumente in sich unschlüssig, da betriebliche Einschränkungen nur dann vorgenommen werden können, wenn ein bereits bestehendes Netzwerk verfügbar ist. Da es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen jedoch um eine wesentliche Funktionserweiterung, sohin um neue Netzwerke handelt, scheinen die vom Auftraggeber für den Fall der Erlassung einer einstweiligen Verfügung behaupteten betrieblichen Einschränkungen für den Senat nicht plausibel und nachvollziehbar. Diesbezügliche Ermittlungen konnten jedoch auf Grund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren nicht angestellt werden.

Da aber jedenfalls ein öffentliches Interesse an einer möglichst raschen Lieferung der vorgesehenen Röntgenanlagen besteht, war als im Sinne des § 116 Abs. 4 letzter Satz BVergG gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung vorerst kurz zu halten und mit einem Monat zu begrenzen. Da aber jedenfalls ein öffentliches Interesse an einer möglichst raschen Lieferung der vorgesehenen Röntgenanlagen besteht, war als im Sinne des Paragraph 116, Absatz 4, letzter Satz BVergG gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung vorerst kurz zu halten und mit einem Monat zu begrenzen.

Schlagworte

Geltungsbereich, persönlicher, öffentlicher Auftraggeber, AUVA; Geltungsbereich, sachlicher, Lieferauftrag, Lieferung Montage Implementierung von diversen Netzwerk- Elektronik- Bauteilen und Netzwerkmanagement Software inkl. Schulung; Nachprüfungsverfahren, Vorfrage, zu einer Vorfrage anhängiges Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH; Einstweilige Verfügung, nicht denkunmögliche rechtswidrige Ausscheidung des Angebotes, Interessenabwägung, Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren;

Dokumentnummer

VERGT_20011029_N_107_01_08_00

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