

TE Verg Bescheid 1999/5/25 N-22/99-7

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.05.1999

Norm

BVergG 1997 §14 Abs3

BVergG 1997 §109 Abs8

BVergG 1997 §115 Abs1

BVergG 1997 §116 Abs3

BVergG 1997 §117 Abs2

ABGB §879

Erstreckungsverordnung 1995 BGBl 802/1995 §1 Abs1

B-VG Art18 Abs2

1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992
1. B-VG Art. 18 heute
2. B-VG Art. 18 gültig ab 01.07.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
5. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
6. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
7. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
8. B-VG Art. 18 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 18 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID

Der Senat 2 des Bundesvergabeamtes hat am 25. Mai 1999 durch den Senatspräsidenten des OGH Dr. Wolfram Massauer als Vorsitzenden und die Beisitzer Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Vertreter der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 1997-BVergG, BGBl I Nr. 56/1997, wie folgt entschieden: Der Senat 2 des Bundesvergabeamtes hat am 25. Mai 1999 durch den Senatspräsidenten des OGH Dr. Wolfram Massauer als Vorsitzenden und die Beisitzer Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Vertreter der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Vertreter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 1997-BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997,, wie folgt entschieden:

Spruch:

Der Antrag der XXX Gesellschaft.m.b.H., ***, vertreten durch ***, vom 17. Mai 1999, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 19. Mai 1999, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den im Nachprüfungsverfahren gestellten Antrag, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten, Der Antrag der römisch 30 Gesellschaft.m.b.H., ***, vertreten durch ***, vom 17. Mai 1999, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 19. Mai 1999, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den im Nachprüfungsverfahren gestellten Antrag, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten,

1. a)Litera a

das Vergabeverfahren "Straubkaserne, 6060 Hall in Tirol, Alte Landstraße 44, Adaptierung Obj.2 H-S-L-K-Installationsarbeiten" der Bundesgebäudeverwaltung II Innsbruck für Tirol und Vorarlberg, 6022 Innsbruck, Kapuzinergasse 38, ausgesetzt und das Vergabeverfahren "Straubkaserne, 6060 Hall in Tirol, Alte Landstraße 44, Adaptierung Obj.2 H-S-L-K-Installationsarbeiten" der Bundesgebäudeverwaltung römisch zwei Innsbruck für Tirol und Vorarlberg, 6022 Innsbruck, Kapuzinergasse 38, ausgesetzt und

2. b)Litera b

der vergebenden Stelle verboten wird, der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH den Zuschlag zu erteilen

betreffend das Vergabeverfahren "Hall in Tirol, Alte Landstraße 44, Straubkaserne, Obj. 2, Adaptierung, H-S-L-K-Installationsarbeiten" wird gemäß § 116 Abs. 3 BVergG abgewiesen. betreffend das Vergabeverfahren "Hall in Tirol, Alte Landstraße 44, Straubkaserne, Obj. 2, Adaptierung, H-S-L-K-Installationsarbeiten" wird gemäß Paragraph 116, Absatz 3, BVergG abgewiesen.

Begründung:

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 17. Mai 1999 beantragt, das Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 BVergG einzuleiten und die Entscheidung der vergebenden Stelle, das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH, ***, in dem im Spruch bezeichneten Vergabeverfahren nicht unverzüglich auszuschneiden, für nichtig zu erklären. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 17. Mai 1999 beantragt, das Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG einzuleiten und die Entscheidung der vergebenden Stelle, das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH, ***, in dem im Spruch bezeichneten Vergabeverfahren nicht unverzüglich auszuschneiden, für nichtig zu erklären.

Gleichzeitig hat die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie aus dem Spruch ersichtlich beantragt. Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrages hat die Antragstellerin vorgebracht, daß die vergebende Stelle in der "Einladung zur Angebotsabgabe" vom 26. März 1999 die Bieter ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß das Angebot und Beilagen firmenmäßig zu fertigen seien. Auf Seite 3 der Einladung zur Angebotsabgabe finde sich nochmals der ausdrückliche Hinweis, daß ein rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist eingereichtes Angebot nur dann rechtsgültig sei, wenn das Formular "Angebotsschreiben" bei der Eröffnung der Angebote auf Seite 4 im letzten Feld vom Bieter firmenmäßig gefertigt sei. Gemäß dem "Pflichtenblatt für den Datenträgeraustausch", dessen Bestimmungen im Falle eines Datenträgeraustausches neben den Angebotsbestimmungen gelten, liege ein gültiges Angebot, bei dem das Auspreisen und Ausfüllen des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses entfällt, nur dann vor, wenn - unter anderem - das ausgefüllte und firmenmäßig unterfertigte Angebotsschreiben rechtzeitig abgegeben worden sei. Das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH sei bei der Angebotseröffnung nicht firmenmäßig gefertigt gewesen. Diesem Angebot mangle es daher einerseits an der erforderlichen Verbindlichkeit, andererseits widerspreche es den Ausschreibungsbedingungen und sei gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG unverzüglich auszuschneiden gewesen, wodurch die Antragstellerin Bestbieterin geworden wäre. Die Entscheidung der vergebenden Stelle, das Angebot mangels firmenmäßiger Fertigung unverzüglich auszuschneiden bzw. das Angebot der an zweiter Stelle gereihten Antragstellerin nicht zu berücksichtigen, sei unter Bedachtnahme auf § 48 BVergG und die Ausschreibungsbestimmungen rechtswidrig. Die Entscheidung sei auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß, da der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werden müsse, wenn das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH ausgeschieden würde. Gleichzeitig hat die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie aus dem Spruch ersichtlich beantragt. Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrages hat die Antragstellerin vorgebracht, daß die vergebende Stelle in der "Einladung zur Angebotsabgabe" vom 26. März 1999 die Bieter ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß das Angebot und Beilagen firmenmäßig zu fertigen seien. Auf Seite 3 der Einladung zur Angebotsabgabe finde sich nochmals der ausdrückliche Hinweis, daß ein rechtzeitig vor

Ablauf der Angebotsfrist eingereichtes Angebot nur dann rechtsgültig sei, wenn das Formular "Angebotsschreiben" bei der Eröffnung der Angebote auf Seite 4 im letzten Feld vom Bieter firmenmäßig gefertigt sei. Gemäß dem "Pflichtenblatt für den Datenträgeraustausch", dessen Bestimmungen im Falle eines Datenträgeraustausches neben den Angebotsbestimmungen gelten, liege ein gültiges Angebot, bei dem das Auspreisen und Ausfüllen des Ausschreibungsleistungsverzeichnisses entfällt, nur dann vor, wenn - unter anderem - das ausgefüllte und firmenmäßig unterfertigte Angebotsschreiben rechtzeitig abgegeben worden sei. Das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH sei bei der Angebotseröffnung nicht firmenmäßig gefertigt gewesen. Diesem Angebot mangle es daher einerseits an der erforderlichen Verbindlichkeit, andererseits widerspreche es den Ausschreibungsbedingungen und sei gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG unverzüglich auszuschneiden gewesen, wodurch die Antragstellerin Bestbieterin geworden wäre. Die Entscheidung der vergebenden Stelle, das Angebot mangels firmenmäßiger Fertigung unverzüglich auszuschneiden bzw. das Angebot der an zweiter Stelle gereihten Antragstellerin nicht zu berücksichtigen, sei unter Bedachtnahme auf Paragraph 48, BVergG und die Ausschreibungsbestimmungen rechtswidrig. Die Entscheidung sei auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß, da der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werden müsse, wenn das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH ausgeschieden würde.

Im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die YYY Klima- und Installationstechnik GmbH drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe von ATS 83.025,60 für die Erstellung ihres Angebotes und in der Höhe von ATS 1,323.815,- an entgangenem Deckungsbeitrag. Zur Begründung ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin vorgebracht, daß ihr von der vergebenden Stelle mit Schreiben vom 29. April 1999 mitgeteilt worden sei, daß von ihrem Angebot kein Gebrauch gemacht werden könne. Hinsichtlich der ihr unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen hat die Antragstellerin ihre diesbezüglichen Ausführungen zum Nachprüfungsantrag wiederholt. Hingegen seien keine nachteiligen Folgen aus der beantragten einstweiligen Verfügung zu erwarten. Die Aussetzung der Entscheidung der vergebenden Stelle über die Vergabe des Auftrages entspreche der gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahme im Sinne des § 116 Abs. 4 BVergG. Im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die YYY Klima- und Installationstechnik GmbH drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe von ATS 83.025,60 für die Erstellung ihres Angebotes und in der Höhe von ATS 1,323.815,- an entgangenem Deckungsbeitrag. Zur Begründung ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Antragstellerin vorgebracht, daß ihr von der vergebenden Stelle mit Schreiben vom 29. April 1999 mitgeteilt worden sei, daß von ihrem Angebot kein Gebrauch gemacht werden könne. Hinsichtlich der ihr unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen hat die Antragstellerin ihre diesbezüglichen Ausführungen zum Nachprüfungsantrag wiederholt. Hingegen seien keine nachteiligen Folgen aus der beantragten einstweiligen Verfügung zu erwarten. Die Aussetzung der Entscheidung der vergebenden Stelle über die Vergabe des Auftrages entspreche der gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahme im Sinne des Paragraph 116, Absatz 4, BVergG.

Die vergebende Stelle hat zunächst mit Schreiben vom 20. Mai 1999 an das Bundesvergabeamt eine Aufstellung der "Schätzkosten" für das gesamte Bauvorhaben "6060 Hall in Tirol, Straubkaserne, Obj. 2, Adaptierung" übermittelt. Mit Schreiben vom 21. Mai 1999 hat die vergebende Stelle zum Nachprüfungsantrag Stellung genommen und zur Begründung eines besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens auf eine beiliegende Stellungnahme verwiesen. Zusätzlich hat die vergebende Stelle vorgebracht, daß alle bisher beauftragten Leistungen der sonstigen Gewerke mit Terminpönale versehen seien, wodurch bei Verzögerungen für die Republik Österreich größere Vermögensnachteile entstehen würden. Der von der Antragstellerin behauptete Schaden werde bestritten, dagegen drohe der Billigstbieterin, die leistungsbereit sei, durch eine längere Verzögerung allenfalls ein Schaden.

Zur Begründung der Dringlichkeit des Bauvorhabens hat die vergebende Stelle darauf hingewiesen, daß die Planung und Bauverhandlung in kürzest möglicher Zeit durchgeführt worden sei. Um die rascheste Durchführung des Projektes nicht zu gefährden bzw. zu ermöglichen habe das Bundesministerium für Inneres zur Abdeckung der im Zuge der Detailplanung erkennbaren Mehrkosten für die Haustechnik dieses hochinstallierten Gebäudes zusätzlich aus seinem Budget ATS 17,500.000,- zur Verfügung gestellt. Ein allfälliger Verzug im gegenständlichen Bauvorhaben würde insbesondere die Installierung aufwendiger Provisorien für die in diesem Fall unbedingt erforderlichen Adaptierungs- und Installationsmaßnahmen in diversen Anlagen und Bedienungsräumen des bestehenden LGK-Gebäudes notwendig machen. In diesem Gebäude würden allerdings bereits heute sehr beengte Verhältnisse herrschen, die dann vollends unzumutbar und den Bestimmungen des Bundesbedienstetengesetzes widersprechen würden. Darüberhinaus

müßten für die Teilbereiche der neu zu installierenden Systeme, die jetzt schon nicht mehr im bestehenden LGK-Gebäude (auch nur vorübergehend) untergebracht werden können, zusätzliche Einmietungen in der Größenordnung mindestens 100 m² vorgenommen und diese mit provisorischen Installationen für die Ermöglichung einer vorübergehenden Betriebsaufnahme im Hinblick auf die Weiterführung der Systemimplementierungen ausgestattet werden, wofür seitens des Landesgendarmeriekommandos nach dessen Ermittlung Mehrkosten - und letztlich ein verlorener Aufwand - in Höhe von mindestens ATS 10 Millionen für die Republik Österreich zu veranschlagen wären. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen konnte für das Provisorialverfahren folgender Sachverhalt festgestellt werden:

Die Bundesgebäudeverwaltung II Innsbruck hat die Vergabe der Heizung-Sanitär- Lüftung- Klima (HSLK) - Installationen für die Adaptierung des Objekts 2 der Straubkaserne in 6060 Hall in Tirol im offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Bundesgebäudeverwaltung römisch zwei Innsbruck hat die Vergabe der Heizung-Sanitär- Lüftung- Klima (HSLK) - Installationen für die Adaptierung des Objekts 2 der Straubkaserne in 6060 Hall in Tirol im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Bei der am 21. April 1999 erfolgten Angebotsöffnung sind drei ausschreibungsgemäße Angebote, darunter jenes der Antragstellerin sowie jenes der Firma YYY , eingereicht worden. Das Angebot der Antragstellerin ist das preislich zweitgereichte, jenes der Firma YYY das preislich niedrigste Angebot.

Am 28. April 1999 hat die nunmehrige Antragstellerin an die Bundes-Vergabekontrollkommission ein Ersuchen um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gemäß § 109 Abs. 1 Z 1 BVergG eingebracht. Für den Fall der Nichteinigung hat die Antragstellerin von der Bundes-Vergabekontrollkommission begehrt auszusprechen, daß das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH auszuschneiden sei. Die Bundes-Vergabekontrollkommission hat mit Verständigung gemäß § 109 Abs. 7 BVergG vom 28. April 1999, bei der vergebenden Stelle eingelangt am 29. April 1999, 8.10 Uhr, die vergebende Stelle vom Schlichtungsverfahren in Kenntnis gesetzt und auf die Rechtsfolgen gemäß § 109 Abs. 8 BVergG hingewiesen. Die vergebende Stelle hat am 29. April 1999 den Zuschlag an die Firma YYY erteilt. Das Zuschlagsschreiben ist am 30. April 1999 bei dieser eingelangt. In der Schlichtungsverhandlung am 10. Mai 1999 ist keine gütliche Einigung zustandegekommen (vergleiche Niederschrift der Bundes-Vergabekontrollkommission gemäß § 110 Abs. 4 BVergG, GZ: S-65/99-14, S.3). In ihrer begründeten Empfehlung vom 12. Mai 1999, GZ: S-65/99- 15, hat die Bundes-Vergabekontrollkommission ausgesprochen, daß das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH angesichts seiner Rechtsverbindlichkeit im Vergabeverfahren zu berücksichtigen sei. Diese Empfehlung ist den Streitparteien am 12. Mai 1999 mit Telefax zugestellt worden, wobei der vergebenden Stelle am 17. Mai 1999 eine fehlende Seite nachträglich übermittelt wurde. Am 28. April 1999 hat die nunmehrige Antragstellerin an die Bundes-Vergabekontrollkommission ein Ersuchen um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gemäß Paragraph 109, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG eingebracht. Für den Fall der Nichteinigung hat die Antragstellerin von der Bundes-Vergabekontrollkommission begehrt auszusprechen, daß das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH auszuschneiden sei. Die Bundes-Vergabekontrollkommission hat mit Verständigung gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG vom 28. April 1999, bei der vergebenden Stelle eingelangt am 29. April 1999, 8.10 Uhr, die vergebende Stelle vom Schlichtungsverfahren in Kenntnis gesetzt und auf die Rechtsfolgen gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG hingewiesen. Die vergebende Stelle hat am 29. April 1999 den Zuschlag an die Firma YYY erteilt. Das Zuschlagsschreiben ist am 30. April 1999 bei dieser eingelangt. In der Schlichtungsverhandlung am 10. Mai 1999 ist keine gütliche Einigung zustandegekommen (vergleiche Niederschrift der Bundes-Vergabekontrollkommission gemäß Paragraph 110, Absatz 4, BVergG, GZ: S-65/99-14, S.3). In ihrer begründeten Empfehlung vom 12. Mai 1999, GZ: S-65/99- 15, hat die Bundes-Vergabekontrollkommission ausgesprochen, daß das Angebot der YYY Klima- und Installationstechnik GmbH angesichts seiner Rechtsverbindlichkeit im Vergabeverfahren zu berücksichtigen sei. Diese Empfehlung ist den Streitparteien am 12. Mai 1999 mit Telefax zugestellt worden, wobei der vergebenden Stelle am 17. Mai 1999 eine fehlende Seite nachträglich übermittelt wurde.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zur Zuständigkeit:römisch eins. Zur Zuständigkeit:

Der durch die Bundesgebäudeverwaltung II Innsbruck für den Bund zu vergebende Auftrag über die Adaptierung des Objekts 2 der Straubkaserne ist ein im Rahmen der Ressortzuständigkeit des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten zur Vergabe gelangender Bauauftrag und fällt daher unter die Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten BGBl 802/1995. Mit einem geschätzten Auftragswert des

Gesamtvorhabens von ATS 35,416.666,67 bzw. für das Gewerk Heizung-Sanitär- Lüftung- Klima (HSLK) - Installationen von ATS 7,770.000,-, jeweils ohne USt, (vergleiche Schreiben der vergebenden Stelle vom 21. Mai 1999, OZ 5) ist der gemäß § 2 Abs. 1 lit. a und b maßgebliche Schwellenwert von 1 Mio. ECU bzw. 500.000 ECU jedenfalls überschritten. Der durch die Bundesgebäudeverwaltung römisch zwei Innsbruck für den Bund zu vergebende Auftrag über die Adaptierung des Objekts 2 der Straubkaserne ist ein im Rahmen der Ressortzuständigkeit des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten zur Vergabe gelangender Bauauftrag und fällt daher unter die Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Bundesgesetzblatt 802 aus 1995. Mit einem geschätzten Auftragswert des Gesamtvorhabens von ATS 35,416.666,67 bzw. für das Gewerk Heizung-Sanitär- Lüftung- Klima (HSLK) - Installationen von ATS 7,770.000,-, jeweils ohne USt, (vergleiche Schreiben der vergebenden Stelle vom 21. Mai 1999, OZ 5) ist der gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Litera a und b maßgebliche Schwellenwert von 1 Mio. ECU bzw. 500.000 ECU jedenfalls überschritten.

Diese Erstreckungsverordnung ist auch im Hinblick auf das nunmehr geltende Bundesvergabegesetz 1997 anwendbar. Tritt nach Erlassung einer Durchführungsverordnung deren gesetzliche Grundlage außer Kraft, wird diese Durchführungsverordnung nur insoweit derogiert, als sie in der nunmehr geltenden Gesetzeslage keine inhaltliche Deckung findet (vergleiche VfSlg 2266/1952, 2326/1952, 11643/1988, 12634/1991). Jedenfalls soweit es für das vorliegende Nachprüfungsverfahren relevant ist, entspricht der 4. Teil (Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes 1993) inhaltlich dem nunmehr geltenden Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes 1997, und ermächtigt § 14 BVergG 1997 zur Erstreckung des Rechtsschutzteiles des Bundesvergabegesetzes 1997. Die Erstreckungsverordnung findet daher grundsätzlich inhaltlich weiterhin Deckung im geltenden Bundesvergabegesetz und ist daher insoweit weiterhin anwendbar. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 14 Bundesvergabegesetz 1997 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten BGBl. 802/1995 zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe zuständig. (Vergleiche dazu ausführlich BVA vom 20. Mai 1998, N-16/98-7=Connex 1999, H. 1, 36; BVA vom 25. August 1998, N-20/98-9=Connex 1998, H. 10, 49; BVA vom 24. Mai 1998, N-8/98-5). Gemäß § 113 Abs. 2 Z 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt zur Erlassung einstweiliger Verfügungen nur bis zur Zuschlagserteilung zuständig. Wie bereits die Bundes-Vergabekontrollkommission zutreffend festgestellt hat, ist eine Zuschlagserteilung nach dem Zeitpunkt, zu dem die vergebende Stelle von der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gemäß § 109 Abs. 7 BVergG verständigt worden ist, gemäß § 109 Abs. 8 BVergG unzulässig. Wie sich aus den Materialien zum Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz und das Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 geändert werden, BGBl 776/1996, ergibt, führt ein Verstoß gegen das Verbot der Zuschlagserteilung zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages, das heißt der Vertrag entfaltet ex tunc keine Wirkungen. Aus dem Verbotszweck der Norm folgt, daß sich jeder auf die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages berufen kann. Eine besondere Geltendmachung der Nichtigkeit (z.B. in Form einer Anfechtung) ist nicht erforderlich; die Nichtigkeit ist auch von Amts wegen wahrzunehmen (siehe dazu die Erläuterungen zur RV 323 BlgNR XX.GP, 100). Diese Erstreckungsverordnung ist auch im Hinblick auf das nunmehr geltende Bundesvergabegesetz 1997 anwendbar. Tritt nach Erlassung einer Durchführungsverordnung deren gesetzliche Grundlage außer Kraft, wird diese Durchführungsverordnung nur insoweit derogiert, als sie in der nunmehr geltenden Gesetzeslage keine inhaltliche Deckung findet (vergleiche VfSlg 2266 aus 1952,, 2326 aus 1952,, 11643 aus 1988,, 12634 aus 1991,). Jedenfalls soweit es für das vorliegende Nachprüfungsverfahren relevant ist, entspricht der 4. Teil (Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes 1993) inhaltlich dem nunmehr geltenden Rechtsschutzteil des Bundesvergabegesetzes 1997, und ermächtigt Paragraph 14, BVergG 1997 zur Erstreckung des Rechtsschutzteiles des Bundesvergabegesetzes 1997. Die Erstreckungsverordnung findet daher grundsätzlich inhaltlich weiterhin Deckung im geltenden Bundesvergabegesetz und ist daher insoweit weiterhin anwendbar. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 14, Bundesvergabegesetz 1997 in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Bundesgesetzblatt 802 aus 1995, zur Nachprüfung der gegenständlichen Auftragsvergabe zuständig. (Vergleiche dazu ausführlich BVA vom 20. Mai 1998, N-16/98-7=Connex 1999, H. 1, 36; BVA vom 25. August 1998, N-20/98-9=Connex 1998, H. 10, 49; BVA vom 24. Mai 1998, N-8/98-5). Gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt zur Erlassung einstweiliger Verfügungen nur bis zur Zuschlagserteilung zuständig. Wie bereits die Bundes-Vergabekontrollkommission zutreffend festgestellt hat, ist eine Zuschlagserteilung nach dem Zeitpunkt, zu dem die vergebende Stelle von der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG verständigt worden ist, gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG unzulässig. Wie sich aus den Materialien zum Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz und das

Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 geändert werden, Bundesgesetzblatt 776 aus 1996,, ergibt, führt ein Verstoß gegen das Verbot der Zuschlagserteilung zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages, das heißt der Vertrag entfaltet ex tunc keine Wirkungen. Aus dem Verbotszweck der Norm folgt, daß sich jeder auf die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages berufen kann. Eine besondere Geltendmachung der Nichtigkeit (z.B. in Form einer Anfechtung) ist nicht erforderlich; die Nichtigkeit ist auch von Amts wegen wahrzunehmen (siehe dazu die Erläuterungen zur Regierungsvorlage 323 BlgNR römisch zwanzig.GP, 100).

Im vorliegenden Fall ist der Zuschlag (§ 15 Z 15 BVergG) an die YYY Klima- und Installationstechnik GmbH nach Verständigung der vergebenden Stelle gemäß § 109 Abs. 7 BVergG erteilt worden, sodaß kein gültiger Zuschlag im Vergabeverfahren vorliegt und ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 BVergG durchgeführt werden kann. Im vorliegenden Fall ist der Zuschlag (Paragraph 15, Ziffer 15, BVergG) an die YYY Klima- und Installationstechnik GmbH nach Verständigung der vergebenden Stelle gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG erteilt worden, sodaß kein gültiger Zuschlag im Vergabeverfahren vorliegt und ein Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG durchgeführt werden kann.

II. Zur Sache selbst:römisch zwei. Zur Sache selbst:

Gemäß § 116 Abs. 1 BVergG kommt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur im Zusammenhang mit einem eingeleiteten Nachprüfungsverfahren in Betracht. Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluß eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages ist daher das Vorliegen einer nachprüfaren Entscheidung des Auftraggebers. Aus den Äußerungen der vergebenden Stelle im Schlichtungsverfahren sowie im Nachprüfungsverfahren ergibt sich, daß im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits eine konkrete Zuschlagserteilung beabsichtigt ist. Der Antrag der Antragstellerin ist daher zur Nachprüfung einer bereits getroffenen Entscheidung des Auftraggebers gestellt worden, sodaß der Antrag zulässig ist. Da in derselben Sache in einem Schlichtungsverfahren keine gütliche Einigung erzielt worden ist und die Empfehlung der Bundesvergabekontrollkommission der Antragstellerin am 12. Mai 1999 zur Kenntnis gelangt ist, ist ihr am 19. Mai 1999 eingebrachter Nachprüfungsantrag gemäß § 115 Abs. 2 Z 2 und 3 BVergG zulässig und rechtzeitig. Gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG kommt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur im Zusammenhang mit einem eingeleiteten Nachprüfungsverfahren in Betracht. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluß eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages ist daher das Vorliegen einer nachprüfaren Entscheidung des Auftraggebers. Aus den Äußerungen der vergebenden Stelle im Schlichtungsverfahren sowie im Nachprüfungsverfahren ergibt sich, daß im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits eine konkrete Zuschlagserteilung beabsichtigt ist. Der Antrag der Antragstellerin ist daher zur Nachprüfung einer bereits getroffenen Entscheidung des Auftraggebers gestellt worden, sodaß der Antrag zulässig ist. Da in derselben Sache in einem Schlichtungsverfahren keine gütliche Einigung erzielt worden ist und die Empfehlung der Bundesvergabekontrollkommission der Antragstellerin am 12. Mai 1999 zur Kenntnis gelangt ist, ist ihr am 19. Mai 1999 eingebrachter Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer 2 und 3 BVergG zulässig und rechtzeitig.

Aus der angefochtenen Auftraggeberentscheidung könnte der Antragstellerin ein Schaden erwachsen, sofern die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt und die vergebende Stelle den Zuschlag einem - wie die Antragstellerin vermeint - rechtswidrigerweise nicht ausgeschiedenen Angebot erteilen würde. Zur Abwehr dieser möglichen Schädigung von Interessen der Antragstellerin wäre die generelle Untersagung des Zuschlages bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes eine nötige und geeignete Maßnahme im Sinne des § 116 Abs. 1 BVergG. Aus der angefochtenen Auftraggeberentscheidung könnte der Antragstellerin ein Schaden erwachsen, sofern die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt und die vergebende Stelle den Zuschlag einem - wie die Antragstellerin vermeint - rechtswidrigerweise nicht ausgeschiedenen Angebot erteilen würde. Zur Abwehr dieser möglichen Schädigung von Interessen der Antragstellerin wäre die generelle Untersagung des Zuschlages bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes eine nötige und geeignete Maßnahme im Sinne des Paragraph 116, Absatz eins, BVergG.

Diese Maßnahme wurde von der Antragstellerin jedoch ausdrücklich nicht beantragt, vielmehr begehrt sie die Untersagung der Zuschlagserteilung an einen bestimmten anderen Bieter. Fraglich ist, ob die Verfügung dieser Maßnahme nicht eine Benachteiligung dieses Bieters im Verhältnis zur Antragstellerin wäre und daher im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 16 Abs. 1 BVergG stünde. Die vergebende Stelle könnte dadurch veranlaßt sein, den Zuschlag der Antragstellerin - unabhängig von ihrer tatsächlichen Rechtsposition - zu erteilen, um jedenfalls das Vergabeverfahren beenden zu können. Diese Maßnahme wurde von der Antragstellerin jedoch ausdrücklich nicht beantragt, vielmehr begehrt sie die Untersagung der Zuschlagserteilung an einen bestimmten anderen Bieter. Fraglich ist, ob die Verfügung dieser Maßnahme nicht eine Benachteiligung dieses Bieters im Verhältnis zur Antragstellerin wäre und daher im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG stünde. Die vergebende Stelle könnte dadurch veranlaßt sein, den Zuschlag der Antragstellerin - unabhängig von ihrer tatsächlichen Rechtsposition - zu erteilen, um jedenfalls das Vergabeverfahren beenden zu können.

Gemäß § 116 Abs. 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Die vergebende Stelle hat glaubhaft dargetan, daß dem Auftraggeber bei einem allfälligen Verzug im gegenständlichen Bauvorhaben insbesondere durch die Notwendigkeit der Installierung aufwendiger Provisorien und zusätzlicher Einmietungen Mehrkosten in Höhe von mindestens ATS 10 Millionen entstehen würden. Die Antragstellerin hat in ihrem Schreiben vom 17. Mai 1999 einen drohenden Schaden in der Höhe von lediglich ca. ATS 1,4 Millionen behauptet. Die gemäß § 116 Abs. 3 BVergG vorzunehmende Abwägung ergab daher ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, weshalb von ihrer Erlassung abzusehen war. Gemäß Paragraph 116, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Die vergebende Stelle hat glaubhaft dargetan, daß dem Auftraggeber bei einem allfälligen Verzug im gegenständlichen Bauvorhaben insbesondere durch die Notwendigkeit der Installierung aufwendiger Provisorien und zusätzlicher Einmietungen Mehrkosten in Höhe von mindestens ATS 10 Millionen entstehen würden. Die Antragstellerin hat in ihrem Schreiben vom 17. Mai 1999 einen drohenden Schaden in der Höhe von lediglich ca. ATS 1,4 Millionen behauptet. Die gemäß Paragraph 116, Absatz 3, BVergG vorzunehmende Abwägung ergab daher ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, weshalb von ihrer Erlassung abzusehen war.

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Schwellenwert, Unterschwellenwertvergabe, Erstreckungsverordnung; Erweiterung des Rechtsschutzbereiches, Erstreckungsverordnung des BMWa, Fortgeltung auch nach dem BVergG 1997; Schlichtungsverfahren, Zuschlag während der Sperrfrist, Nichtigkeit, amtswegige Wahrnehmung; Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, Überwiegen der nachteiligen Folgen; Nachprüfungsverfahren, Nichtigkeitsklärung, Entscheidung des Auftraggebers, Vergabevorschlag;

Dokumentnummer

VERGT_19990525_N_22_99_7_00

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