

TE Verg Bescheid 1999/3/9 N-10/99-6

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.03.1999

Norm

BVergG 1997 §1

BVergG 1997 §2

BVergG 1997 §11 Abs1 Z2

BVergG 1997 §116 Abs1

BVergG 1997 §116 Abs3

AVG §39

RL 93/37/EWG Baukoordinierungs-RL (ABl 1993 L 199 S 54) Art1 litb

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Spruch:

Der Senat 3 des Bundesvergabeamtes hat am 9. März 1999 durch den Vizepräsidenten des OGH Dr. Kurt Hofmann als Vorsitzenden und die Beisitzer Divisionär Dipl.-Ing. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Günter Tschepel als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz (BVergG) 1997, BGBl. Nr. I 56/1997, betreffend das Vergabeverfahren "Erneuerung der Kälteanlagen des ORF-Zentrums" des Österreichischen Rundfunks, wie folgt entschieden: Der Senat 3 des Bundesvergabeamtes hat am 9. März 1999 durch den Vizepräsidenten des OGH Dr. Kurt Hofmann als Vorsitzenden und die Beisitzer Divisionär Dipl.-Ing. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Günter Tschepel als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz (BVergG) 1997, Bundesgesetzblatt Nr. römisch eins 56 aus 1997,, betreffend das Vergabeverfahren "Erneuerung der Kälteanlagen des ORF-Zentrums" des Österreichischen Rundfunks, wie folgt entschieden:

Dem Antrag der XXX GesmbH, vertreten durch ***, dem Auftraggeber mittels einstweiliger Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, wird gemäß § 116 Abs. 1 BVergG stattgegeben. Dem österreichischen Rundfunk, vertreten durch ***, wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache, längstens jedoch bis zum 5. Mai 1999, bei sonstiger Exekution die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren betreffend Erneuerung der Kälteanlage des ORF-Zentrums, Erneuerung der Kältemaschinen untersagt. Dem Antrag der römisch 30 GesmbH, vertreten durch ***, dem Auftraggeber mittels einstweiliger Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der

Hauptsache die Erteilung des Zuschlags zu untersagen, wird gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG stattgegeben. Dem österreichischen Rundfunk, vertreten durch ***, wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamten in der Hauptsache, längstens jedoch bis zum 5. Mai 1999, bei sonstiger Exekution die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren betreffend Erneuerung der Kälteanlage des ORF-Zentrums, Erneuerung der Kältemaschinen untersagt.

Begründung:

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 5. März 1999 den Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Angebotsreihung in dem im Betreff genannten Vergabeverfahren und verband diesen mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Zur Begründung führte sie aus, daß der Österreichische Rundfunk (auch nach der Empfehlung der BVKK vom 18. 2. 1999, S 18/99-9) öffentlicher Auftraggeber sei.

Der ORF habe die Erneuerung der Kälteanlagen des ORF-Zentrums am 20. 11. 1997 ausgeschrieben. Die vergabegegenständliche Leistung sei ungeachtet der Ausschreibungsbedingungen des Auftraggebers, die von Bauleistungen sprechen, nicht als Bauauftrag anzusehen, da bei der Lieferung der Kältemaschinen keinerlei Bauarbeiten sondern lediglich Montagearbeiten, deren Wert nur 13 % des Gesamtangebotswerts beträgt, erforderlich seien. Die vergabegegenständliche Leistung sei auch nicht im Zusammenhang eines Gesamtbauvorhabens ausgeschrieben worden, sodaß sie jedenfalls als Lieferauftrag anzusehen sei. Im Hinblick auf die Preise der eingelangten Angebote sei der für Lieferaufträge geltende Schwellenwert gemäß § 5 Abs 2 BVergG jedenfalls überschritten und sei der Auftraggeber daher zur Anwendung des Bundesvergabegesetzes verpflichtet. Der ORF habe die Erneuerung der Kälteanlagen des ORF-Zentrums am 20. 11. 1997 ausgeschrieben. Die vergabegegenständliche Leistung sei ungeachtet der Ausschreibungsbedingungen des Auftraggebers, die von Bauleistungen sprechen, nicht als Bauauftrag anzusehen, da bei der Lieferung der Kältemaschinen keinerlei Bauarbeiten sondern lediglich Montagearbeiten, deren Wert nur 13 % des Gesamtangebotswerts beträgt, erforderlich seien. Die vergabegegenständliche Leistung sei auch nicht im Zusammenhang eines Gesamtbauvorhabens ausgeschrieben worden, sodaß sie jedenfalls als Lieferauftrag anzusehen sei. Im Hinblick auf die Preise der eingelangten Angebote sei der für Lieferaufträge geltende Schwellenwert gemäß Paragraph 5, Absatz 2, BVergG jedenfalls überschritten und sei der Auftraggeber daher zur Anwendung des Bundesvergabegesetzes verpflichtet.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren sowohl durch Abgabe eines dem Amtsentwurf entsprechenden als auch durch Abgabe eines Alternativangebots beteiligt. Ihr Alternativangebot sei mit einem Preis von ATS 7.185.180,- (netto) das günstigste Angebot. Darüberhinaus sei die Antragstellerin auch als Bestbieterin anzusehen, da ihre Alternative jedenfalls gleichwertig sei. Der Auftraggeber habe jedoch bei Beurteilung der qualitativen Gleichwertigkeit rechtswidrigerweise Kriterien verwendet, die er in der Ausschreibung nicht angeführt habe. Die aufgrund dieser Bewertung vorgenommene Reihung der Angebote, nach der das Alternativangebot der Antragstellerin an fünfter Stelle liege, sei rechtswidrig (vergleiche zu allem OZ 1, 3 Antrag samt Beilagen).

Der Auftraggeber bestreite die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten, weil der ORF kein öffentlicher Auftraggeber sei. Der ORF würde weder durch den Bund beherrscht noch habe der Bund durch Finanzierung oder auf sonstige Weise Einfluß auf die Geschäftsführung. Sowohl die Mitglieder des Kuratoriums als auch der für die Geschäftsführung verantwortliche Generalintendant seien an keine Weisungen oder Aufträge gebunden.

Überdies würden die Mitglieder des Kuratoriums nicht mehrheitlich durch den Bund ernannt. Ferner unterliege der die Vergabe des jedenfalls als Bauersatzinvestition anzusehenden, nicht mit anderen Bauvorhaben zusammenhängenden Auftrags nicht dem sachlichen Geltungsbereich, da der einschlägige Schwellenwert für Bauaufträge nicht erreicht werde.

Hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, daß durch die Verzögerung unwiederbringlicher Schaden entstehen würde. Die Kältemaschinen seien umgehend auszutauschen, ansonsten entstünden nicht absehbare zusätzliche Reparaturkosten. Falls der Auftrag nicht zeitgerecht vergeben würde, könnte das ORF-Gebäude nicht ausreichend gekühlt werden, wodurch nicht nur die Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter sondern wegen der Wärmeempfindlichkeit der Ton- und Bildträger auch die Produktion von Programmen und Filmen erschwert werden würde. Schließlich hat der Auftraggeber mitgeteilt, daß der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt wurde (vgl Stellungnahme vom 8. 3. 1999, OZ 4). Hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, daß durch die Verzögerung unwiederbringlicher Schaden entstehen würde. Die Kältemaschinen

seien umgehend auszutauschen, ansonsten entstünden nicht absehbare zusätzliche Reparaturkosten. Falls der Auftrag nicht zeitgerecht vergeben würde, könnte das ORF-Gebäude nicht ausreichend gekühlt werden, wodurch nicht nur die Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter sondern wegen der Wärmeempfindlichkeit der Ton- und Bildträger auch die Produktion von Programmen und Filmen erschwert werden würde. Schließlich hat der Auftraggeber mitgeteilt, daß der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt wurde vergleiche Stellungnahme vom 8. 3. 1999, OZ 4).

Das Bundesvergabeamt hat festgestellt und erwogen:

I. Zur Zuständigkeit:römisch eins. Zur Zuständigkeit:

Das Bundesvergabeamt ist nur dann gemäß § 113 BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend Vergabeverfahren zuständig, falls das Vergabeverfahren in den durch §§ 1 - 12 festgelegten persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt. Das Bundesvergabeamt geht ebenso wie die Bundes-Vergabekontrollkommission davon aus, daß der Österreichische Rundfunk öffentlicher Auftraggeber iSv § 11 Abs 1 Z 2 BVergG ist und die von ihm geführten Vergabeverfahren daher in den persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fallen (vgl. Empfehlung des BVKK vom 18. 2. 1999, S 18/99-9). Das Bundesvergabeamt ist nur dann gemäß Paragraph 113, BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend Vergabeverfahren zuständig, falls das Vergabeverfahren in den durch Paragraphen eins, - 12 festgelegten persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt. Das Bundesvergabeamt geht ebenso wie die Bundes-Vergabekontrollkommission davon aus, daß der Österreichische Rundfunk öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist und die von ihm geführten Vergabeverfahren daher in den persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fallen vergleiche Empfehlung des BVKK vom 18. 2. 1999, S 18/99-9).

Eine "Einrichtung des öffentlichen Rechts" iSd Artikel 1 litb der Richtlinie 93/37/EWG liegt dann vor, wenn eine Rechtspersönlichkeit besitzende Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs- Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

Dem ORF kommt gemäß § 1 Abs 1 letzter Satz RFG Rechtspersönlichkeit zu. Er wurde zur Erfüllung der in den §§ 2-5 RFG angeführten Aufgaben gegründet. Diese konstituieren den "öffentlich-rechtlichen Programmauftrag" des ORF; damit nimmt aber der ORF aufgrund einer Sonderrechtsnorm im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art wahr. Dem Kuratorium des ORF kommt aufgrund seiner durch § 8 RFG festgelegten Aufgaben die Funktion eines Aufsichtsorgans zu. Die Mehrheit der Mitglieder, nämlich 24 der insgesamt 35 Mitglieder dieses Aufsichtsorgans werden vom Bund bzw von den Ländern, also vom Staat bzw von Gebietskörperschaften ernannt. Auf eine Weisungsbefugnis oder andere Arten staatlicher Einflußnahme kommt es daher nicht an. Der ORF ist daher eine Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv Artikel 1 litb der Richtlinie 93/37/EWG. Art 5 EGV verpflichtet jeden Rechtsanwender zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des innerstaatlichen Rechts, das in Umsetzung von Richtlinien ergangen ist. Der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Z 2 lit a BVergG läßt eine solche gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation auch zu, da diese Bestimmung nicht verlangt, daß die Einrichtung ausschließlich von Personen verwaltet wird, die hiezu von Organen des Bundes bestellt wurden. Ausreichend ist nach dem Wortlaut, daß die Einrichtung (auch) von Personen verwaltet wird, die hiezu von Organen des Bundes bestellt wurden. Bei der gebotenen gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation ist auch die Tätigkeit des Aufsichtsorgans Kuratorium als "verwalten" anzusehen. 15 Mitglieder dieses Organs werden vom Bund ernannt, sodaß auch das Erfordernis des § 11 Abs. 1 Z 2 lit a BVergG erfüllt ist. Ob die Mehrheit der Kuratoriumsmitglieder durch den Bund oder andere Personen oder Organe bestellt wird, ist lediglich von innerstaatlicher, nämlich kompetenzrechtlicher Bedeutung. An der kompetenzrechtlichen Zuordnung des ORF in die Zuständigkeit des Bundes kann aber im Hinblick auf die Judikatur des VfGH kein Zweifel bestehen (vgl VfSlg 2721, 7593). Da aus den oben angestellten Erwägungen auch die übrigen Voraussetzungen des § 11 Abs 1 Z 2 BVergG erfüllt sind, ist der ORF öffentlicher Auftraggeber iSd Bestimmung und unterliegen seine Vergaben dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Dem ORF kommt gemäß Paragraph eins, Absatz eins, letzter Satz RFG Rechtspersönlichkeit zu. Er wurde zur Erfüllung der in den Paragraphen 2 -, 5, RFG angeführten Aufgaben gegründet. Diese konstituieren den "öffentlich-rechtlichen Programmauftrag" des ORF; damit nimmt aber

der ORF aufgrund einer Sonderrechtsnorm im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art war. Dem Kuratorium des ORF kommt aufgrund seiner durch Paragraph 8, RFG festgelegten Aufgaben die Funktion eines Aufsichtsorgans zu. Die Mehrheit der Mitglieder, nämlich 24 der insgesamt 35 Mitglieder dieses Aufsichtsorgans werden vom Bund bzw von den Ländern, also vom Staat bzw von Gebietskörperschaften ernannt. Auf eine Weisungsbefugnis oder andere Arten staatlicher Einflußnahme kommt es daher nicht an. Der ORF ist daher eine Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv Artikel 1 litb der Richtlinie 93/37/EWG. Artikel 5, EGV verpflichtet jeden Rechtsanwender zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des innerstaatlichen Rechts, das in Umsetzung von Richtlinien ergangen ist. Der Wortlaut des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, lit a BVergG läßt eine solche gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation auch zu, da diese Bestimmung nicht verlangt, daß die Einrichtung ausschließlich von Personen verwaltet wird, die hiezu von Organen des Bundes bestellt wurden. Ausreichend ist nach dem Wortlaut, daß die Einrichtung (auch) von Personen verwaltet wird, die hiezu von Organen des Bundes bestellt wurden. Bei der gebotenen gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation ist auch die Tätigkeit des Aufsichtsorgans Kuratorium als "verwalten" anzusehen. 15 Mitglieder dieses Organs werden vom Bund ernannt, sodaß auch das Erfordernis des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, lit a BVergG erfüllt ist. Ob die Mehrheit der Kuratoriumsmitglieder durch den Bund oder andere Personen oder Organe bestellt wird, ist lediglich von innerstaatlicher, nämlich kompetenzrechtlicher Bedeutung. An der kompetenzrechtlichen Zuordnung des ORF in die Zuständigkeit des Bundes kann aber im Hinblick auf die Judikatur des VfGH kein Zweifel bestehen (vergleiche VfSlg 2721, 7593). Da aus den oben angestellten Erwägungen auch die übrigen Voraussetzungen des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfüllt sind, ist der ORF öffentlicher Auftraggeber iSd Bestimmung und unterliegen seine Vergaben dem persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes.

Die Frage, ob die Vergabe auch in den sachlichen Geltungsbereich fällt, hängt davon ab ob sie als Bau- oder aber als Lieferauftrag anzusehen ist. Bereits aus dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag und den dazu vorgelegten Beilagen (Leistungsverzeichnis) ergibt sich, daß Inhalt des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Erneuerung der Kälteanlage, Erneuerung von Kältemaschinen" vor allem die Lieferung einschließlich Montage von drei Kaltwasserersatzeinheiten ist, die als kompakte, fabriks- und montagefertige Einheiten konstruiert sein müssen, sodaß auf der Baustelle nur Rohranschlüsse für Kaltwasser und Kühlwasser, Abastleitungen der Sicherheitsventile und die Stromversorgung ab Lastverteiler angeschlossen werden müsse. Allein dieser Teil des Auftrags macht im Hauptangebot der Antragstellerin etwa 75 % des Nettoangebotspreises aus. Der Großteil der sonstigen Leistungen entfällt auf Lieferung und Montage der Regelanlage und der Feldgeräte, Probetrieb, Wartung und Schulung sowie Demontage der Altanlagen. Der Anteil der eigentlichen Installationsleistungen wie Verkabelung und Detailplanung beträgt im Angebot der Antragstellerin lediglich ca 1 %. Hinzu kommen Regieleistungen im Ausmaß von ca 10 % des Nettoangebotspreises. Die Nettopreise der eingelangten Angebote liegen zwischen ATS 7,185 Mio (Angebot der Antragstellerin) und 13,972 Mio (vgl Beilage "Ausschreibungsergebnis" und Kopie des Leistungsverzeichnisses). Gemäß § 2 Abs 1 Z 1 BVergG sind Bauaufträge Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten ist. In Punkt 503.3 des in Anhang II der Richtlinie (= Anhang I BVergG) wiedergegebenen Allgemeinen Verzeichnisses der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE) wird die Installation von Klima- und Belüftungsanlagen angeführt. Wäre der Auftrag als Installation solcher Anlagen anzusehen, wäre es im Hinblick auf die Preise der eingelangten Angebote offenkundig, daß der geschätzte Auftragswert den für Bauaufträge gemäß § 6 Abs 1 BVergG einschlägigen Schwellenwert von ECU 5 Mio (= ATS 67,591.896 Mio) nicht erreicht. Die Frage, ob die Vergabe auch in den sachlichen Geltungsbereich fällt, hängt davon ab ob sie als Bau- oder aber als Lieferauftrag anzusehen ist. Bereits aus dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag und den dazu vorgelegten Beilagen (Leistungsverzeichnis) ergibt sich, daß Inhalt des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Erneuerung der Kälteanlage, Erneuerung von Kältemaschinen" vor allem die Lieferung einschließlich Montage von drei Kaltwasserersatzeinheiten ist, die als kompakte, fabriks- und montagefertige Einheiten konstruiert sein müssen, sodaß auf der Baustelle nur Rohranschlüsse für Kaltwasser und Kühlwasser, Abastleitungen der Sicherheitsventile und die Stromversorgung ab Lastverteiler angeschlossen werden müsse. Allein dieser Teil des Auftrags macht im Hauptangebot der Antragstellerin etwa 75 % des Nettoangebotspreises aus. Der Großteil der sonstigen Leistungen entfällt auf Lieferung und Montage der Regelanlage und der Feldgeräte, Probetrieb, Wartung und Schulung sowie Demontage der Altanlagen. Der Anteil der eigentlichen Installationsleistungen wie Verkabelung und Detailplanung beträgt im Angebot der Antragstellerin lediglich ca 1 %. Hinzu kommen Regieleistungen im Ausmaß von ca 10 % des Nettoangebotspreises. Die Nettopreise der eingelangten Angebote liegen zwischen ATS 7,185 Mio

(Angebot der Antragstellerin) und 13,972 Mio vergleiche Beilage "Ausschreibungsergebnis" und Kopie des Leistungsverzeichnisses). Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sind Bauaufträge Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang römisch eins genannten Tätigkeiten ist. In Punkt 503.3 des in Anhang römisch zwei der Richtlinie (= Anhang römisch eins BVergG) wiedergegebenen Allgemeinen Verzeichnisses der wirtschaftlichen Tätigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft (NACE) wird die Installation von Klima- und Belüftungsanlagen angeführt. Wäre der Auftrag als Installation solcher Anlagen anzusehen, wäre es im Hinblick auf die Preise der eingelangten Angebote offenkundig, daß der geschätzte Auftragswert den für Bauaufträge gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG einschlägigen Schwellenwert von ECU 5 Mio (= ATS 67,591.896 Mio) nicht erreicht.

Wäre Inhalt des Auftrags jedoch der Kauf von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, wäre der Auftrag als Lieferauftrag iSv § 1 BVergG anzusehen. Diesfalls wäre der hier gemäß § 5 Abs 2 BVergG einschlägige Schwellenwert von ECU 200 000 (= ATS 2,703.676 Mio) jedenfalls überschritten. Wäre Inhalt des Auftrags jedoch der Kauf von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, wäre der Auftrag als Lieferauftrag iSv Paragraph eins, BVergG anzusehen. Diesfalls wäre der hier gemäß Paragraph 5, Absatz 2, BVergG einschlägige Schwellenwert von ECU 200 000 (= ATS 2,703.676 Mio) jedenfalls überschritten.

Der gegenständliche Auftrag enthält sowohl Leistungen die als Lieferung einschließlich Montage und sohin für sich genommen jedenfalls als Lieferauftrag anzusehen sind, als auch typische Installationsarbeiten (Verkabelung, jedenfalls tw. die Regieleistungen) im Zusammenhang mit Kühlanlagen, die für sich genommen als Bauauftrag iSv § 2 Abs 1 Z 1 BVergG anzusehen sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt ein gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Arbeiten Der gegenständliche Auftrag enthält sowohl Leistungen die als Lieferung einschließlich Montage und sohin für sich genommen jedenfalls als Lieferauftrag anzusehen sind, als auch typische Installationsarbeiten (Verkabelung, jedenfalls tw. die Regieleistungen) im Zusammenhang mit Kühlanlagen, die für sich genommen als Bauauftrag iSv Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG anzusehen sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt ein gemischter Vertrag, der sich sowohl auf die Durchführung von Arbeiten

als auch auf die Überlassung von Vermögensgegenständen bezieht, nicht in den Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung ist (vgl EuGH v 19. 4. 1994, Rs C-331/92, Gestion Hotelera Internacional SA gegen Comunidad autonoma de Canarias, ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria und Gran Casino de las Palmas SA). Im vorliegenden Fall sind die Installationsarbeiten bereits im Hinblick auf ihren wertmäßigen Anteil am Gesamtauftrag von untergeordneter Bedeutung, sodaß der Auftrag insgesamt nicht als Bauauftrag sondern als Lieferauftrag, in dessen Rahmen auch Installationsarbeiten anfallen, anzusehen ist. Da der hierfür einschlägige Schwellenwert jedenfalls überschritten wurde, fällt die Vergabe in den sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes. als auch auf die Überlassung von Vermögensgegenständen bezieht, nicht in den Anwendungsbereich der Baukoordinierungsrichtlinie, wenn die Durchführung der Bauarbeiten gegenüber der Überlassung von Vermögensgegenständen von untergeordneter Bedeutung ist vergleiche EuGH v 19. 4. 1994, Rs C-331/92, Gestion Hotelera Internacional SA gegen Comunidad autonoma de Canarias, ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria und Gran Casino de las Palmas SA). Im vorliegenden Fall sind die Installationsarbeiten bereits im Hinblick auf ihren wertmäßigen Anteil am Gesamtauftrag von untergeordneter Bedeutung, sodaß der Auftrag insgesamt nicht als Bauauftrag sondern als Lieferauftrag, in dessen Rahmen auch Installationsarbeiten anfallen, anzusehen ist. Da der hierfür einschlägige Schwellenwert jedenfalls überschritten wurde, fällt die Vergabe in den sachlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes.

Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

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

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 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. 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 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 Angebotsreihung und einen nicht unbeträchtlichen drohenden Schadenseintritt behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf die aufgeworfenen Fragen der technischen Gleichwertigkeit ihres Alternativangebots nicht denkunmöglich. Über die vom Auftraggeber geltend gemachte, mangelnde inhaltliche Begründetheit ist im Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht abzusprechen. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein.

Da seitens des Auftraggebers gemäß seiner Angebotsreihung nicht die Vergabe an die Antragstellerin vorgesehen ist, diese aber bei Zutreffen ihrer Behauptungen für den Zuschlag in Betracht kommen würde, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die beantragte Maßnahme ist daher nötig und geeignet, um die durch die behauptete Rechtswidrigkeit unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu verhindern. Ein gelinderes Mittel kommt nicht in Betracht.

Das Vorbringen des Auftraggebers, es sei die sofortige Erneuerung der Kältemaschinen und daher die sofortige Vergabe erforderlich, um den Betrieb (Mitarbeiterleistungsfähigkeit, Produktion der Programme) zu gewährleisten, ist widersprüchlich, weil der Auftraggeber die Vergabe bereits im November 1997 eingeleitet hat und deshalb die Dringlichkeit der Beschaffung zweifelhaft erscheint. Darüberhinaus geht der Auftraggeber selbst davon aus, daß die Altanlagen (zumindest notdürftig) weiterbetrieben werden können, da er allfällige zusätzliche Betriebs- und Reparaturkosten anführt. Ein sofortiger Ersatz der vorhandenen Kältemaschinen ist daher nicht erforderlich. Der Auftraggeber hat die durch die maximal zweimonatige Verzögerung der Vergabe drohenden Kosten durch keinerlei konkrete Angaben näher ausgeführt, sodaß eine Bewertung dieses Nachteils nicht möglich ist. Darüberhinaus hat der Auftraggeber nicht dargetan, zu welchem Zeitpunkt die Erteilung des Zuschlags beim gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens vorgesehen war, sodaß auch das tatsächliche Ausmaß der durch die maximal bis zum 5. Mai 1999 geltenden Zuschlagssperre verursachten Verzögerung nicht beurteilt werden konnte. Da die nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbots Umstände betreffen, die ohne Mitwirkung der Partei durch die Behörde nicht feststellbar sind, trifft die Partei diesbezüglich eine Mitwirkungspflicht (vgl. VwGH verst. Senat 8. 6. 1993, ZI 92/08/0212). Der Auftraggeber vermochte kein Überwiegen der nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbots darzutun. Da somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht festzustellen war, hatte das Bundesvergabeamt spruchgemäß zu entscheiden. Die Geltungsdauer der erlassenen Maßnahme war mit Rücksicht auf die allfällige Notwendigkeit der Beiziehung eines Sachverständigen zur Beurteilung der technischen Gleichwertigkeit des Alternativangebots der Antragstellerin auf die gesetzlich gemäß § 116 Abs 5 BVergG höchstmögliche Dauer auszudehnen. Das Vorbringen des Auftraggebers, es sei die sofortige Erneuerung der Kältemaschinen und daher die sofortige Vergabe erforderlich, um den Betrieb (Mitarbeiterleistungsfähigkeit, Produktion der Programme) zu gewährleisten, ist widersprüchlich, weil der Auftraggeber die Vergabe bereits im November 1997 eingeleitet hat und

deshalb die Dringlichkeit der Beschaffung zweifelhaft erscheint. Darüberhinaus geht der Auftraggeber selbst davon aus, daß die Altanlagen (zumindest notdürftig) weiterbetrieben werden können, da er allfällige zusätzliche Betriebs- und Reparaturkosten anführt. Ein sofortiger Ersatz der vorhandenen Kältemaschinen ist daher nicht erforderlich. Der Auftraggeber hat die durch die maximal zweimonatige Verzögerung der Vergabe drohenden Kosten durch keinerlei konkrete Angaben näher ausgeführt, sodaß eine Bewertung dieses Nachteils nicht möglich ist. Darüberhinaus hat der Auftraggeber nicht dargetan, zu welchem Zeitpunkt die Erteilung des Zuschlags beim gegenwärtigen Stand des Vergabeverfahrens vorgesehen war, sodaß auch das tatsächliche Ausmaß der durch die maximal bis zum 5. Mai 1999 geltenden Zuschlagssperre verursachten Verzögerung nicht beurteilt werden konnte. Da die nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbots Umstände betreffen, die ohne Mitwirkung der Partei durch die Behörde nicht feststellbar sind, trifft die Partei diesbezüglich eine Mitwirkungspflicht vergleiche VwGH verst. Senat 8. 6. 1993, ZI 92/08/0212). Der Auftraggeber vermochte kein Überwiegen der nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbots darzutun. Da somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht festzustellen war, hatte das Bundesvergabeamt spruchgemäß zu entscheiden. Die Geltungsdauer der erlassenen Maßnahme war mit Rücksicht auf die allfällige Notwendigkeit der Beiziehung eines Sachverständigen zur Beurteilung der technischen Gleichwertigkeit des Alternativangebots der Antragstellerin auf die gesetzlich gemäß Paragraph 116, Absatz 5, BVergG höchstmögliche Dauer auszudehnen.

Schlagworte

Geltungsbereich, persönlicher, Einrichtung des Bundes, Österreichischer Rundfunk; Rechtsmittelrichtlinie, Einrichtung des öffentlichen Rechts, Besetzung des Aufsichtsorgans; Geltungsbereich, sachlicher, Abgrenzung Lieferaufträge – Bauaufträge, Kauf und Installation von Kaltwasserersatzeinheiten; Einstweilige Verfügung, Möglichkeit der Rechtsverletzung, Rechtsschutzinteresse; Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, Überwiegen der nachteiligen Folgen, Behauptungslast und Bescheinigungslast des Auftraggebers;

Dokumentnummer

VERGT_19990309_N_10_99_6_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