

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

22.10.2001

Geschäftszahl

N-105/01-10

Text

BESCHEID

Der Senat 8 des Bundesvergabeamtes hat am 22. Oktober 2001 durch den Vorsitzenden Vizepräsidenten des OGH iR Dr. Kurt Hofmann und die Beisitzer Dr. Josef Bosina als

Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Gebäudereinigung ab 2002" des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch ***, über die Anträge der A*** GmbH & Co KG, ***, vertreten durch ***, vom 15. Oktober 2001 wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Ein Nachprüfungsverfahren nach den Bestimmungen des BVergG wird eingeleitet.

II. Der Antrag, "dem Antragsgegner mittels einstweiliger Verfügung zu untersagen, a) vor rechtskräftiger Beendigung dieses Nachprüfungsverfahrens eine neuerliche Zuschlagsentscheidung zu fällen, b) der Firma B*** GesmbH neuerlich den Zuschlag zu erteilen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 11 Abs. 1 Z 2, 116 Abs. 1 BVergG

Begründung:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2001 Anträge

- "auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Antragsgegners, der Fa. B*** GesmbH den Zuschlag zu erteilen",
- in eventu auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde"

sowie die im Spruch zitierten Anträge und führte begründend im wesentlichen aus wie folgt:

Der Österreichische Rundfunk (im folgenden: Auftraggeber) habe im Mai 2001 in einem offenen Verfahren die Reinigung von ORF-Betriebsstätten im Raum Wien ausgeschrieben. Ein beschleunigtes Verfahren liege hiebei nicht vor.

Der anzuwendende Schwellenwert von EURO 200.000 sei erheblich überschritten.

Der Auftraggeber verfüge über Rechtspersönlichkeit, sei nicht auf Gewinn ausgerichtet und besorge im öffentlichen Interesse gelegene Aufgaben und erfülle somit die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und sei entweder mit ihren Haupt- oder ihrem Alternativangebot als Bestbieterin anzusehen. Die Entscheidung des Auftraggebers, den Zuschlag nicht an sie sondern die Firma B*** GesmbH (im folgenden: Mitbewerberin) zu vergeben, verletze das Bundesvergabegesetz.

Mit Telefax vom 9. Oktober 2001 habe der Auftraggeber die Ansicht vertreten, er unterliege nicht dem Bundesvergabegesetz, da er kein öffentlicher Auftraggeber sei; dessen ungeachtet teilte er mit, dass die Mitbewerberin mit den Reinigungsarbeiten beauftragt worden sei. Diese vom Auftraggeber mitgeteilte Entscheidung sei gemäß § 53 a BVergG nichtig, da sie vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und ohne Einhaltung der 15tägigen "Zuwartefrist" gefällt worden sei.

Die Mitbewerberin brachte mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2001 vor, sie habe unter Berücksichtigung eines 1%igen Rabattes ein günstigeres Angebot als die Antragstellerin gelegt. Weiters sei sie davon ausgegangen, dass das Vergabeverfahren nicht dem Bundesvergabegesetz unterliege, da es sich um keinen öffentlichen Auftraggeber handle.

Der Auftraggeber teilte mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2001 mit, der geschätzte Auftragswert betrage 1.800.000 Euro.

Der Auftrag sei mit Schreiben vom 21. September 2001 an die Mitbewerberin erteilt worden.

Für die Anwendung des § 11 Abs. 1 Z 2 BVergG müssten folgende Kriterien kumulativ vorliegen: Eine eigene Rechtspersönlichkeit des Auftraggebers, die Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art und die Beherrschung durch den Bund. Dies sei im Fall des Auftraggebers aus folgenden Gründen nicht gegeben: Dieser sei zwar eine eigene Rechtsperson, jedoch seien er und seine Organe vom Staat unabhängig. Der Auftraggeber erfülle zwar im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, diese seien jedoch im Sinne des Gemeinschaftsrechtes gewerblicher Art. Hierbei komme es - anders als nach österreichischer Gewerbeordnung - nicht auf Gewinnerzielungsabsicht an, sondern bloß darauf, dass diese Aufgaben nach (marktwirtschaftlichen) Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien zu erfüllen seien. Dies sei beim Auftraggeber der Fall, da er in vielfältigem Wettbewerb stehe, so mit Privatradios, Kabel- und Satellitenrundfunkveranstaltern, deutschen öffentlichrechtlichen und kommerziellen Hörfunk- und Fernsehsendern sowie im Wettbewerb um Werbekunden mit den Printmedien. So sei der Auftraggeber auch nicht - wie vergleichbare Einrichtungen in anderen Mitgliedsländern - in Anhang I zur Baukoordinierungsrichtlinie angeführt. Die Fernsehrichtlinie 89/552/EWG idF Richtlinie 97/36/EG gehe ebenfalls davon aus, dass sowohl öffentlich-rechtliche als auch sonstige Fernsehveranstalter auf einem einheitlichen Markt operierten. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften habe ebenfalls die nicht nach Vergaberichtlinien durchgeführte Vergabe eines Auftrages seitens des Auftraggebers nicht zum Anlass für die Einleitung eines gegen Österreich gerichteten Beschwerdeverfahrens genommen.

Sollte das Bundesvergabeamt jedoch davon ausgehen, dass der Auftraggeber den Vergaberichtlinien unterliege, werde angeregt, ein diesbezügliches Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten.

Das Bundesvergabeamt sei weiters deshalb unzuständig, da aufgrund der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit des Auftraggebers eine einfachgesetzliche Zuständigkeitsbestimmung im Bundesvergabegesetz nicht zur Begründung der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausreiche.

Weiters widerspreche eine Anwendung der Nichtigkeitssanktion des § 53a BVergG dem Gedanken der Rechtssicherheit, da der Auftraggeber das Vergabeverfahren im guten Glauben nicht entsprechend dem Bundesvergabegesetz durchgeführt habe. Daher komme die Anwendung des § 53a BVergG nicht in Betracht.

Die Antragstellerin sei nicht Bestbieterin gewesen.

Der folgende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Der gegenständliche Auftrag ist ein Dienstleistungsauftrag gemäß § 3 BVergG, die ausgeschriebene Leistung stellt eine Dienstleistung im Sinne des Anhanges III des Bundesvergabegesetzes, Kategorie 14, "Gebäudereinigung und Hausverwaltung" dar.

Angesichts des vom Auftraggeber mit 1.800.000 Euro angegebenen geschätzten Auftragswertes ist der gemäß § 7 Abs. 1 BVergG anzuwendende Schwellenwert von 200.000 Euro überschritten.

Das Bundesvergabeamt ging in seiner bisherigen Spruchpraxis (siehe Bescheid des BVA vom 9.3.1999, GZ: N-10/99-6), hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereiches des Bundesvergabegesetzes davon aus, dass der Auftraggeber aufgrund des "öffentlich-rechtlichen Programmauftrages im Allgemeininteresse liegende Aufgaben

nicht gewerblicher Art wahrnimmt sowie dass die Mehrheit seines als Aufsichtsorgans fungierenden Kuratoriums vom Bund beziehungsweise den Ländern, also vom Staat beziehungsweise Gebietskörperschaften ernannt werden - wobei es auf eine Weisungsbefugnis oder andere Arten staatlicher Einflussnahme nicht ankommt - und der Auftraggeber daher eine Einrichtung des öffentlichen Rechts iSv Art. I lit.b der Richtlinie 93/37/EWG ist. Der Antragsgegner hat die Richtigkeit der Entscheidung N-10/99-6 u.a. damit bekämpft, dass nach Gemeinschaftsrecht ein Betrieb gewerblicher Art vorliegt und sich auf die Rechtsprechung des EuGH in vergleichbaren Fällen berufen. Ob die Bestimmungen des BVergG anzuwenden sind, kann nur in einem Zwischenverfahren geklärt werden, das unter einem eingeleitet wird. Aufgrund des umfangreichen Vorbringens des Auftraggebers, die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Z 2 BVergG seien nicht gegeben, wird sich der Senat 8 des Bundesvergabeamtes allenfalls dazu veranlasst sehen, diese Frage im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

II. In inhaltlicher Hinsicht:

Gemäß § 116 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt, sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 53a BVergG hat der Auftraggeber dem im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich schriftlich oder durch Telefax und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß § 53a Abs. 2 BVergG darf der Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist von 2 Wochen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Abs. 1 erteilt werden, es sei denn, es wurde ein beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß § 69 oder ein Verhandlungsverfahren gemäß § 74 Abs. 3 Z 3 bis 5, § 76 Abs. 3 Z 2 bis 5 oder § 81 Abs. 3 Z 2 bis 5 BVergG durchgeführt. Im Falle der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit verkürzt sich die Stillhaltefrist auf eine Woche.

Beide Teile gehen davon aus, dass der Zuschlag bereits erfolgte und der Auftrag an den Mitbewerber erteilt wurde; strittig ist allerdings, ob das BVergG anzuwenden ist. Eine Behauptung, dass eine neuerliche Zuschlagsentscheidung auf Grund derselben Ausschreibung zu befürchten sei, wurde nicht aufgestellt und folgt auch nicht aus dem übereinstimmenden Vorbringen. Somit sind die von der Antragstellerin beantragten einstweiligen Verfügungen keine nötigen und geeigneten Maßnahmen im Sinne des § 116 Abs. 1 BVergG, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen zu beseitigen oder zu verhindern. Im Falle einer Bekanntgabe einer beabsichtigten - neuerlichen - Zuschlagserteilung steht es der Antragstellerin offen, neuerlich die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu beantragen.