

TE Verg Bescheid 2013/6/17 N/0057-BVA/02/2013-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.06.2013

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66 „Wienersdorfer Dachpappenfabrik“, des Auftraggebers ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, Triesterstraße 2-10, 2512 Wienersdorf-Oeynhausen, über den Antrag der A***

bestehend aus Aa*** und Ab***, vertreten durch X***, vom 7. Juni 2013, eingebracht am 10. Juni 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66, 'Wienersdorfer Dachpappenfabrik'", des Auftraggebers ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, Triesterstraße 2-10, 2512 Wienersdorf-Oeynhausen, über den Antrag der A*** bestehend aus Aa*** und Ab***, vertreten durch X***, vom 7. Juni 2013, eingebracht am 10. Juni 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Die Antrag auf Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Dem in eventu gestellten Antrag auf Untersagung der Aufforderung zur Angebotsabgabe für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, der ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH, im Vergabeverfahren "Bau- und Entsorgungsleistungen sowie Errichtung und Betrieb der Sicherung im Zuge der Sanierung der Altlast N66, 'Wienersdorfer Dachpappenfabrik'" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, zur Angebotsabgabe aufzufordern.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung - Sektoren zum gegenständlichen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich erfolgte im Amtsblatt der Wiener Zeitung am 15.4.2013, unter der Referenznummer, L- 525435-345. Der gegenständliche Auftrag sollte im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens vergeben werden. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge wurde mit 30.4.2013, 12:00 Uhr, fixiert. Gemäß Punkt 18 der Bewerbungsunterlagen sind nur die fünf am besten bewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe einzuladen.

Nach Abgabe eines Teilnahmeantrages wurde der A*** bestehend aus Aa*** und Ab*** (in der Folge Antragstellerin) mit E-Mail vom 29.5.2013 mitgeteilt, nicht zur Angebotsabgabe zugelassen zu werden.

Gegen diese Nichtzulassung zur Angebotsabgabe richten sich die mit Schriftsatz vom 7. Juni 2013 vorliegend eingebrachten Anträge. Begehrt wird - neben weiteren Eventualbegehren - die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, sowie der Ersatz der Pauschalgebühren und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Im Wesentlichen brachte die Antragstellerin vor, dass ein Auftrag im Oberschwellenbereich vorliege, der europaweit hätte bekannt gemacht werden müssen. Ungeachtet dessen, sei die gegenständliche Ausschreibung lediglich im Amtsblatt der Wiener Zeitung bekannt gemacht worden, weshalb ein zwingender Widerrufsgrund vorliege.

Die angefochtene Auftraggeberentscheidung sei infolge verschiedener Vergabeverstöße rechtswidrig.

Die jeweils zu 22,5 % am Auftraggeber beteiligten Eigentümer (B***, C***, D*** und E***) hätten sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und seien für die Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens (Angebotsabgabe) qualifiziert. Dies treffe auch auf konzernverbundene Unternehmen - wie die F*** - zu, die alleinige Eigentümerin der G*** sei, welche wiederum Eigentümerin der D*** sei. Letztlich seien nur 10 % der Geschäftsanteile des Auftraggebers nicht in unmittelbarem oder mittelbarem Eigentum der B***-, der C***- und der F***-Unternehmensgruppe. Auf Grund der engen Firmenverflechtung dieser Bewerber mit dem Auftraggeber sei davon auszugehen, dass diese Bewerber bei der Stellung des Förderantrages sowie in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen unmittelbar oder zumindest mittelbar eingebunden gewesen seien. Die Bewerber würden aufgrund jahrelanger Nutzung der Liegelienschaft über umfangreiche Vorkenntnisse und einen großen Zeitvorsprung verfügen, zumal der Inhalt der Ausschreibung seit langem bekannt gewesen sei. Es handle sich hierbei um eine massive, nicht wieder auszugleichende Beeinträchtigung des Wettbewerbes, die insbesondere bei der Kalkulation der Leistung seinen Niederschlag finde. Gemäß § 20 Abs. 5 BVergG wären die genannten Bewerber auszuschließen und nicht zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen. Die jeweils zu 22,5 % am Auftraggeber beteiligten Eigentümer (B***, C***, D*** und E***) hätten sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und seien für die

Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens (Angebotsabgabe) qualifiziert. Dies treffe auch auf konzernverbundene Unternehmen - wie die F*** - zu, die alleinige Eigentümerin der G*** sei, welche wiederum Eigentümerin der D*** sei. Letztlich seien nur 10 % der Geschäftsanteile des Auftraggebers nicht in unmittelbarem oder mittelbarem Eigentum der B***-, der C***- und der F***- Unternehmensgruppe. Auf Grund der engen Firmenverflechtung dieser Bewerber mit dem Auftraggeber sei davon auszugehen, dass diese Bewerber bei der Stellung des Förderantrages sowie in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen unmittelbar oder zumindest mittelbar eingebunden gewesen seien. Die Bewerber würden aufgrund jahrelanger Nutzung der Liegelienschaft über umfangreiche Vorkenntnisse und einen großen Zeitvorsprung verfügen, zumal der Inhalt der Ausschreibung seit langem bekannt gewesen sei. Es handle sich hierbei um eine massive, nicht wieder auszugleichende Beeinträchtigung des Wettbewerbes, die insbesondere bei der Kalkulation der Leistung seinen Niederschlag finde. Gemäß Paragraph 20, Absatz 5, BVergG wären die genannten Bewerber auszuschließen und nicht zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen.

Darüber hinaus sei auf Grund der Beteiligungsverhältnisse der genannten Bewerber am Auftraggeber davon auszugehen, dass diese sich keinem Wettbewerb untereinander stellen und "abgestimmte" Angebote legen würden. Insgesamt betrachtet würden die sich an der Ausschreibung beteiligenden Miteigentümer bzw mittelbaren Eigentümer die billigere Leistung, die die anderen Bewerber erhalten würden, aus der eigenen Tasche finanzieren und auf diese Weise die günstigere Leistung für die betroffenen, sich an der Ausschreibung beteiligten Miteigentümer "subventionieren". Eine abgestimmte Angebotsabgabe gewährleiste, dass alle Miteigentümer bzw mittelbaren Eigentümer profitierten würden. Keiner müsste auf einen Gewinn verzichten.

Lediglich drei Bewerber seien aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als "echte" Bieter zu werten. Diese könnten jedoch gemäß § 103 Abs. 6 BVergG für sich gesehen keinen hinreichenden Wettbewerb in der 2. Stufe für den aus öffentlichen Bundesmitteln finanzierten Auftrag sicherstellen. Da dieser Auftrag mit Fördergeldern bezahlt werde, sei die Interessenslage der Bewerber und des Auftraggebers nur darauf ausgerichtet, den Wettbewerb nach der Präqualifikation in der 2.Stufe des Vergabeverfahrens möglichst gering zu halten. Um einen echten Wettbewerb zwischen zumindest fünf unabhängigen Bietern erreichen zu können, sei die Antragstellerin zusätzlich zur 2. Verfahrensstufe einzuladen. Nur so sei sichergestellt, dass die öffentlichen Förderungen zweckentsprechend mit dem größtmöglichen Effekt für den Umweltschutz Verwendung finden könnten. Lediglich drei Bewerber seien aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als "echte" Bieter zu werten. Diese könnten jedoch gemäß Paragraph 103, Absatz 6, BVergG für sich gesehen keinen hinreichenden Wettbewerb in der 2. Stufe für den aus öffentlichen Bundesmitteln finanzierten Auftrag sicherstellen. Da dieser Auftrag mit Fördergeldern bezahlt werde, sei die Interessenslage der Bewerber und des Auftraggebers nur darauf ausgerichtet, den Wettbewerb nach der Präqualifikation in der 2.Stufe des Vergabeverfahrens möglichst gering zu halten. Um einen echten Wettbewerb zwischen zumindest fünf unabhängigen Bietern erreichen zu können, sei die Antragstellerin zusätzlich zur 2. Verfahrensstufe einzuladen. Nur so sei sichergestellt, dass die öffentlichen Förderungen zweckentsprechend mit dem größtmöglichen Effekt für den Umweltschutz Verwendung finden könnten.

Zu bezweifeln sei, dass in der gegenständlichen Verfahrenskonstellation die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bewerber ausreichend und entsprechend der Auftraggeberverpflichtung gemäß § 23 Abs. 1 und 2 BVergG geschützt würden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber (bzw dessen Geschäftsführung) den Bewerbern (als GmbH-Gesellschafter) gegenüber gemäß dem GmbH-G weisungspflichtig sei. Ein Informationsfluss zwischen Auftraggeber und dessen Gesellschaftern könne nicht ausgeschlossen werden. Zu bezweifeln sei, dass in der gegenständlichen Verfahrenskonstellation die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bewerber ausreichend und entsprechend der Auftraggeberverpflichtung gemäß Paragraph 23, Absatz eins und 2 BVergG geschützt würden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber (bzw dessen Geschäftsführung) den Bewerbern (als GmbH-Gesellschafter) gegenüber gemäß dem GmbH-G weisungspflichtig sei. Ein Informationsfluss zwischen Auftraggeber und dessen Gesellschaftern könne nicht ausgeschlossen werden.

Die Eignungs-, Auswahl- bzw Bewertungskriterien bei der Präqualifikation seien so spezifisch und überschießend, dass sie nur von den als Bewerber im Vergabeverfahren auftretenden Gesellschaftern des Auftraggebers optimal erfüllt werden könnten. Dies gelte insbesondere für die für das Eignungsniveau bzw für die Bewertungskriterien vorgesehenen zahlreichen Referenzen. Beispielsweise würden bei den Bewertungs- bzw Auswahlkriterien für Sanierungen von Flächen mit PAK-haltigen Verunreinigungen zusätzliche Punkte vergeben.

Sanierungserfahrungen mit anderen Kontaminationen seien jedoch auch für das gegenständliche Vergabeverfahren

ausreichend. PAK enthaltende Verunreinigungen würden keinen Mehrwert bieten. Die Vergabe diesbezüglicher Zusatzpunkte verfolge den Zweck, den Wettbewerb systematisch einzuschränken und bestimmte Bewerber zu bevorzugen. Damit werde bei der Auswahl der Teilnehmer für die 2. Verfahrensstufe gegen den in den §§ 19 Abs. 1 iVm 103 Abs. 6 BVergG festgelegten Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Bei richtiger Auswahlentscheidung wäre die Antragstellerin zur Angebotsabgabe zuzulassen gewesen. Sanierungserfahrungen mit anderen Kontaminationen seien jedoch auch für das gegenständliche Vergabeverfahren ausreichend. PAK enthaltende Verunreinigungen würden keinen Mehrwert bieten. Die Vergabe diesbezüglicher Zusatzpunkte verfolge den Zweck, den Wettbewerb systematisch einzuschränken und bestimmte Bewerber zu bevorzugen. Damit werde bei der Auswahl der Teilnehmer für die 2. Verfahrensstufe gegen den in den Paragraphen 19, Absatz eins, in Verbindung mit 103 Absatz 6, BVergG festgelegten Wettbewerbsgrundsatz verstoßen. Bei richtiger Auswahlentscheidung wäre die Antragstellerin zur Angebotsabgabe zuzulassen gewesen.

Bei einem präqualifizierten Bewerber, nämlich die B***, sei darüber hinaus die finanzielle Leistungsfähigkeit nicht ausreichend untersucht worden. Medienberichten zufolge habe die B*** Probleme bei der Veräußerung diverser Unternehmensbeteiligungen. Quartalsergebnisse seien erheblich schlechter ausgefallen als geplant. Umsätze seien um ein 1/4 zurückgegangen. Das KSV-Rating für die B*** sei ausgesetzt worden und werde mit "0" geführt. Hätte der Auftraggeber eine entsprechende Prüfung durchgeführt, wäre er davon ausgegangen, dass die B*** nicht über eine ausreichende finanzielle Leistungsfähigkeit für die Auftragserteilung verfüge. Ein Ausschluss der B*** sei notwendig gewesen.

Die Verständigung des Auftraggebers über die Nicht-Zulassung der Antragstellerin erfülle nicht die in § 103 Abs. 7 BVergG verpflichtend geforderte inhaltliche Begründung. Es sei weder ersichtlich, noch für die Antragstellerin nachvollziehbar, aus welchen Gründen ihr Teilnahmeantrag bei den Referenzprojekten / Zertifizierungen eine zu geringe Punktzahl für die Zulassung zur 2.Stufe erzielt habe. Unklar sei auch, ob die mangelnde Eignung oder die geringe Punktzahl bei den Bewertungskriterien die Ursache für die Nichtzulassung sei. Die Antragstellerin sei daher bei der Wahrnehmung ihres Rechtsschutzes stark eingeschränkt bzw werde dabei behindert. Die angefochtene Entscheidung sei daher auch aus Rechtsschutzgründen für nichtig zu erklären. Die Verständigung des Auftraggebers über die Nicht-Zulassung der Antragstellerin erfülle nicht die in Paragraph 103, Absatz 7, BVergG verpflichtend geforderte inhaltliche Begründung. Es sei weder ersichtlich, noch für die Antragstellerin nachvollziehbar, aus welchen Gründen ihr Teilnahmeantrag bei den Referenzprojekten / Zertifizierungen eine zu geringe Punktzahl für die Zulassung zur 2.Stufe erzielt habe. Unklar sei auch, ob die mangelnde Eignung oder die geringe Punktzahl bei den Bewertungskriterien die Ursache für die Nichtzulassung sei. Die Antragstellerin sei daher bei der Wahrnehmung ihres Rechtsschutzes stark eingeschränkt bzw werde dabei behindert. Die angefochtene Entscheidung sei daher auch aus Rechtsschutzgründen für nichtig zu erklären.

Aus technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht könne die Antragstellerin den Auftrag erfüllen. Für die Mitglieder der antragstellenden Bergwerksgemeinschaft würden der Entsorgungsbereich - insbesondere die Sanierung von Altlasten - sowie die Sammlung, Behandlung und Verwertung von gefährlichen und nicht gefährlichen Abfällen und die Bodenbehandlung wesentliche Tätigkeitsfelder darstellen. Auf Grund der Beteiligung an der gegenständlichen Ausschreibung, der Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw mit dem Nachprüfungsantrag beweise die Antragstellerin ihr Interesse am Erhalt des Auftrages.

Durch die rechtswidrige Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der

1. 2.Ziffer 2

Stufe des Vergabeverfahrens werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bewerber, auf Beachtung des Wettbewerbsgrundsatzes sowie der Pflicht zum Ausschluss bzw der Nicht-Präqualifikation von Bewerbern, denen ein nicht ausgleichbarer Informations- und Zeitvorsprung zukomme, auf Nicht-Ausschließen ihres Teilnahmeantrages, auf Ausschluss bzw Nicht-Präqualifikation nicht geeigneter Bewerber, insbesondere von Bewerbern mit mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit sowie auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren verletzt.

Der Antragstellerin entginge der aus dem Auftrag zu lukrierende Gewinn. Darüber hinaus seien die Kosten für die

Ausarbeitung des Teilnahmeantrages, die mit Euro 2.040,-- beziffert würden, angefallen. Hinzu kämen die zu entrichtete Pauschalgebühr und die Kosten für die rechtsfreundliche Beratung und Vertretung in der vorläufigen Höhe von Euro 7.000,-- und es drohe der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes.

Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber andernfalls mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe fortfahren und für die Antragstellerin unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Die Antragstellerin sei gehindert, ein bestmögliches Angebot mit optimalen Erfolgsaussichten für die Zuschlagserteilung einzureichen. Diese Nachteile und der drohende Schaden könnten nur durch Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung verhindert werden. Vergleichbare, gegen die Erlassung der einzelnen Verfügung sprechende Interessen des Auftraggebers bzw sonstiger Bewerber würden nicht vorliegen. Ebenso bestehe kein entgegenstehendes öffentliches Interesse wie beispielsweise die Gefährdung von Leib und Leben. Die Interessenabwägung müsse daher zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen.

Mit Schriftsätzen vom 13. und 14. Juni 2013 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, welcher in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung in der 2. Stufe des Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Fünf von den insgesamt sieben Bewerbern bzw. Bewerbergemeinschaften seien mit E-mail vom 29.5.2013 darüber informiert worden, dass sie zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen würden. Diese für die 2. Stufe präqualifizierten Bieter seien am 11.6.2013 per E-Mail über das Ruhen des Vergabeverfahrens infolge der beim Bundesvergabeamt gestellten zwei Nachprüfungsanträge informiert worden. Eine Aufforderung zur Angebotsabgabe habe nicht stattgefunden. Eine Widerrufsentscheidung bzw ein Widerruf seien nicht ergangen, der Zuschlag sei nicht erteilt worden. Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung verzichtete der Auftraggeber ausdrücklich auf eine Stellungnahme.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Vorbehaltlich eines anders lautendes Ergebnisses im Hauptverfahren, wird auf Grund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass es sich bei der ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH von einem klassischen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG handelt. Vorbehaltlich eines anders lautendes Ergebnisses im Hauptverfahren, wird auf Grund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass es sich bei der ABO Asphalt-Bau Oeynhausen GmbH von einem klassischen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG einzustufen. Nach der öffentlichen Bekanntmachung durch den Auftraggeber handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Unter Berufung auf sachverständige Schätzungen und den für diesen Auftrag gestellten Förderantrag geht die Antragstellerin hingegen von einem Vergabeverfahren im Oberschwellebereich aus. Vorbehaltlich eines anders lautendes Ergebnisses im Hauptverfahren, geht das Bundesvergabeamt aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren, davon aus, dass es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Die Vergabe erfolgt in Form eines nicht offenen Verfahrens. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder zur Angebotsabgabe aufgefordert, noch der Zuschlag erteilt, eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG einzustufen. Nach der öffentlichen Bekanntmachung durch den Auftraggeber handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Unter Berufung auf sachverständige Schätzungen und den für diesen Auftrag gestellten Förderantrag geht die Antragstellerin hingegen von einem Vergabeverfahren im Oberschwellebereich aus. Vorbehaltlich eines anders lautendes Ergebnisses im Hauptverfahren, geht das Bundesvergabeamt aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren, davon aus, dass es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Die Vergabe erfolgt in Form eines nicht offenen Verfahrens. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder zur Angebotsabgabe aufgefordert, noch der Zuschlag erteilt, eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen.

Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass sie nicht zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen wird und in der Folge der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass sie nicht zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen wird und in der Folge der Zuschlag

dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da der Auftraggeber beabsichtigt, das Vergabeverfahren fortzuführen und die Erteilung des Zuschlages plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, zur Angebotslegung aufzufordern und als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgeht, droht ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch der Antragstellerin auf allfällige Zulassung zur Angebotslegung und auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zulassung zur Angebotslegung sowie im Folgenden zur Zuschlagsentscheidung und -erteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Gemäß § 329 Abs. 1 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, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, 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, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben und auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

Darüber hinaus besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Mit der Untersagung der Aufforderung zur Angebotslegung ist der Handlungsspielraum des Auftraggebers im Vergleich zur beantragten Maßnahme in Form der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens weniger weitgehend eingeschränkt. Da zur Angebotsabgabe noch nicht aufgefordert wurde, würde ein Aussetzen des Laufs der Angebotsfrist ins Leere gehen. Mit der Untersagung der Aufforderung zur Angebotslegung als gelindestes Mittel in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation sind die Interessen der Antragstellerin hinreichend geschützt.

Dem Antrag entsprechend, war die Dauer der vorläufigen Maßnahme mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung Aufforderung Angebotsabgabe;

Zuletzt aktualisiert am

22.11.2013

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