

TE Verg Bescheid 2013/2/8 N/0008-BVA/10/2013-EV19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.02.2013

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3 idF 2010/I/15

BVergG 2006 §329 Abs4 idF 2010/I/15

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, BL Elektrotechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 1. Februar 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, BL Elektrotechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und

Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 1. Februar 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf "Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, BL Elektrotechnik", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 1. Februar 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung in dem Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, BL Elektrotechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH. Nach Darstellung des Sachverhalts und Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags stellte die Antragstellerin ihr Interesse am Abschluss des Vertrags durch die Legung eines Angebots, die aufwendige Korrespondenz mit der Auftraggeberin und die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags dar. Als drohenden Schaden machte sie die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren durch die Beschaffung und das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die Angebotskalkulation in Höhe von zumindest Euro 45.000, das sind 600 Stunden à Euro 75, die Kosten für das Vadium, der entgangene Gewinn, die Kosten des Nachprüfungsantrags samt jener der rechtsfreundlichen Vertretung sowie den Verlust eines Referenzprojekts geltend. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, auf Bewertung der Angebote nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien, auf Zuschlagsentscheidung zu unseren Gunsten, auf Erteilung des Zuschlags und darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an uns in Betracht kommt, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben sowie auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den vergaberechtlichen Vorschriften verletzt. Als Vergabeverstöße machte sie im Wesentlichen geltend, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin fehlende Befugnisse, die in der Ausschreibung gefordert seien, nicht durch entsprechende Subunternehmer ersetzt habe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe vermutlich keinen befugten Akustikplaner beigezogen, der nach der Formulierung der Ausschreibung ein Dritter sein müsse. Gleiches gelte für die geforderte lärmtechnische Überprüfung der eingesetzten Maschinen auf der Baustelle durch eine akkreditierte Prüfstelle, einen Ziviltechniker oder einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen auf die Einhaltung der in der Ausschreibung festgelegten Grenzwerte, die Abnahme der Tunnelhörner durch einen befugten unabhängigen sachverständigen Gutachter, die messtechnische Netzanalyse der Niederspannungshauptverteiler durch einen unabhängigen Experten, die Prüfung der erstellten Fertigungs- und Montageunterlagen bzw. statischen Berechnungen, sowohl für die Betonfundamente als auch für den Stahlbau durch einen unabhängigen Zivilingenieur, der nicht identisch mit dem Ersteller der statischen Berechnungen ist, sowie die Abnahmeprüfung nach Fertigstellung der Anlage durch eine staatliche akkreditierte Prüfstelle. Diese Arbeiten seien durch einen Dritten zu erbringen, sodass eigene Befugnisse dafür nicht ausreichen. Bei richtiger Anwendung der Zuschlagskriterien sei das Angebot der Antragstellerin an erster Stelle zu reihen. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 1. Februar 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung in dem Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße, BL Elektrotechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Baumanagement

GmbH. Nach Darstellung des Sachverhalts und Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags stellte die Antragstellerin ihr Interesse am Abschluss des Vertrags durch die Legung eines Angebots, die aufwendige Korrespondenz mit der Auftraggeberin und die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags dar. Als drohenden Schaden machte sie die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren durch die Beschaffung und das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die Angebotskalkulation in Höhe von zumindest Euro 45.000, das sind 600 Stunden à Euro 75, die Kosten für das Vadium, der entgangene Gewinn, die Kosten des Nachprüfungsantrags samt jener der rechtsfreundlichen Vertretung sowie den Verlust eines Referenzprojekts geltend. Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, auf Bewertung der Angebote nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien, auf Zuschlagsentscheidung zu unseren Gunsten, auf Erteilung des Zuschlags und darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an uns in Betracht kommt, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben sowie auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den vergaberechtlichen Vorschriften verletzt. Als Vergabeverstöße machte sie im Wesentlichen geltend, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin fehlende Befugnisse, die in der Ausschreibung gefordert seien, nicht durch entsprechende Subunternehmer ersetzt habe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe vermutlich keinen befugten Akustikplaner beigezogen, der nach der Formulierung der Ausschreibung ein Dritter sein müsse. Gleiches gelte für die geforderte lärmtechnische Überprüfung der eingesetzten Maschinen auf der Baustelle durch eine akkreditierte Prüfstelle, einen Ziviltechniker oder einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen auf die Einhaltung der in der Ausschreibung festgelegten Grenzwerte, die Abnahme der Tunnelhörner durch einen befugten unabhängigen sachverständigen Gutachter, die messtechnische Netzanalyse der Niederspannungshauptverteiler durch einen unabhängigen Experten, die Prüfung der erstellten Fertigungs- und Montageunterlagen bzw. statischen Berechnungen, sowohl für die Betonfundamente als auch für den Stahlbau durch einen unabhängigen Zivilingenieur, der nicht identisch mit dem Ersteller der statischen Berechnungen ist, sowie die Abnahmeprüfung nach Fertigstellung der Anlage durch eine staatliche akkreditierte Prüfstelle. Diese Arbeiten seien durch einen Dritten zu erbringen, sodass eigene Befugnisse dafür nicht ausreichen. Bei richtiger Anwendung der Zuschlagskriterien sei das Angebot der Antragstellerin an erster Stelle zu reihen.

Die Antragstellerin erhob ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führte dazu im Wesentlichen aus, dass eine einstweilige Verfügung in der Regel zu erlassen sei. Die Auftraggeberin könne ohne eine einstweilige Verfügung unumkehrbare Tatsachen schaffen, die mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Interessen der Antragstellerin an der Beseitigung von Vergabeverstößen und der vorläufigen Hintanhaltung des drohenden Schadens überwögen allfällige nachteilige Folgen für die Auftraggeberin. Es bestünden keine Interessen der Auftraggeberin oder öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen. Daher handle es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrem Schriftsatz vom 5. Februar 2013 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, sah von einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab und beantragte die Ausnahme näher bezeichneter Bestandteile des Vergabeaktes von der Akteneinsicht.

Am 6. Februar 2013 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 7. Februar 2013, beim Bundesvergabeamt am 8. Februar 2013 eingelangt, brachte die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH eine Stellungnahme zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Darin brachte sie keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vor, beantragte jedoch die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Akteneinsicht in alle Bestandteile des Aktes des Nachprüfungsverfahrens und in alle von der Antragstellerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft errichtet die S 10 Mühlviertler Schnellstraße. Sie hat die ASFINAG Baumanagement GmbH unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Dazu hat sie für den Abschnitt

Unterweisersdorf bis Freistadt Nord die Bauleistung Elektrotechnik in einem offenen Verfahren nach den Regeln für den Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 40.000.000 ohne USt. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Veröffentlichung der Vorinformation erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 8. Februar 2012 zur Zahl 2012/S 26-041834, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 6. Februar 2012 zur Zahl L-501941-223, beide abgesandt am 3. Februar 2012. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 18. September 2012 zur Zahl 2012/S 179-294373, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 13. September 2012 zur Zahl L-513822-295, beide abgesandt am 13. September 2012. Die Veröffentlichung der 1. Berichtigung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. Oktober 2012 zur Zahl 2012/S 207-339413, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 25. Oktober 2012 zur Zahl L-516238-2a24, beide abgesandt am 24. Oktober 2012. Die Veröffentlichung der 4. Berichtigung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 9. November 2012 zur Zahl 2012/S 216-355354, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 7. November 2012 zur Zahl L-516760-2b6, beide abgesandt am 6. November 2012. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Der CPV-Code lautet 45311200 - Elektroinstallationsarbeiten. (Auskunft der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Die Ausschreibung wurde fünfmal berichtigt. Die Zuschlagskriterien sind der Preis mit einer Gewichtung von 97 % und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist einer Gewichtung von 3 %. Die Punkte im Zuschlagskriterium Preis werden nach der Formel $\text{Punkte Preis} = (\text{Preis des Billigstbieters} / \text{Preis des Bieters}) * 97\%$ ermittelt. Die Errechnung der Punkte "Verlängerung der Gewährleistungsfrist" erfolgt nach folgendem Schema: Für die Verlängerung der im Teil B.4 angeführten Gewährleistungsfrist werden pro Jahr 1%-Punkte angerechnet. Werte dazwischen werden interpoliert. In die Bestbieterermittlung gehen jedoch maximal drei Jahre ein. Die Gesamtpunkte errechnen sich durch Addition der Punkte in den beiden genannten Kriterien. Der Bieter mit den höchsten Gesamtpunkten ist Bestbieter. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung erfolgte am 20. November 2012 von 9.30 Uhr bis 12.00 Uhr. Dabei waren Vertreter aller Bieter anwesend. Die A*** gab ein Hauptangebot und sechs Abänderungsangebote ab. Die C*** gab ein Hauptangebot und 23 Alternativangebote ab. Die D*** gab ein Hauptangebot und ein Alternativangebot ab. Die B*** gab ein Hauptangebot und ein Alternativangebot ab. Die E*** gab ein Hauptangebot und ein Abänderungsangebot ab. Alle Angebote waren vollständig. (Angebotsöffnungsprotokoll in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die vier bestgereichten Angebote ohne USt waren die folgenden:

Rei-	Al-	Ab-	Bie-	An-	Punkte	Verl.	Punkte	Bieter
ung	ter-	än-	ter	ge-	Preis	der	Verl.	
	na-	de-	bots-		Ge-	der		
	ti-	rung	preis		währ-	Ge-		
	ve	Nr.			leis-	währ-		
	Nr.				tung	leis-		
					tung			
1	1	B***	31.193.336,52	97,0000	2,000	99,0000	4	
2	5	A***	31.595.476,09	95,7654	3,000	98,7654	1	
3	19	C***	31.694.173,62	95,4672	3,000	98,4672	2	
4	4	A***	31.766.479,26	95,2499	3,000	98,2499	1	

(Auskunft der Auftraggeberin)

Der Vergabebericht Jänner 2013 wird das Alternativangebot Nr. 1 der B*** für den Zuschlag vorgeschlagen. (Vergabebericht in den Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 28. Jänner 2012 teilte die ASFINAG Bau Management GmbH allen Bietern mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag

der Firma B*** mit einem Gesamtpreis von Euro 31.193.336,52 netto zu erteilen. Die Begründung war auf der allen Bietern zugänglichen Online-Plattform www.ava-online.at hinterlegt. Die Begründung enthielt eine Tabelle, in der das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot dem jeweiligen Angebot des Bieters sowie den Schätzkosten der Auftraggeberin und den höchsten erzielbaren Bewertungen gegenübergestellt wurde. Dabei wurden der jeweilige Preis und die jeweilige Verlängerung der Gewährleistungsfrist sowie der Bewertung im Rahmen der Zuschlagskriterien einander gegenübergestellt und die Reihung des Angebots mitgeteilt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG (st Rspr zB BVA 1. 6. 2010, N/0039-BVA/12/2010-15; 14. 6. 2012, N/0048-BVA/03/2012-23; 22. 6. 2012, N/0052-BVA/07/2012-25). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (st Rspr zB BVA 1. 6. 2010, N/0039-BVA/12/2010-15; 14. 6. 2012, N/0048-BVA/03/2012-23; 22. 6. 2012, N/0052-BVA/07/2012-25). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 6. Februar 2013, OZ 17, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 6. Februar 2013, OZ 17, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins,

BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

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

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG 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, BVergG 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.

Nach § 329 Abs 4 BVergG 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an

die B*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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 Interessen der Antragstellerin bestehen zusammengefasst in der Beseitigung von Vergaberechtswidrigkeiten und der Abwendung des Eintritts des drohenden Schadens.

Die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin machten keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung²

[2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

§ 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Schlagworte

angeordnete vorläufige Maßnahme; einstweilige Verfügung;

Zuletzt aktualisiert am

08.04.2013

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