

TE Verg Bescheid 2013/1/30 N/0003-BVA/06/2013-10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.01.2013

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG),

Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 21. Jänner 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 21. Jänner 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I. römisch eins.

Der Antrag, das "Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung des Auftraggebers, Angebote betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über das Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen österreichweit zuzulassen, bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigklärung der Ausschreibung, in eventu über die Nichtigklärung der Ausschreibung, in eventu bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigklärung der im Folgenden angeführten Bestimmungen der Ausschreibung vorübergehend aussetzen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs1, 329 Abs 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Abs1, 329 Absatz eins und 3 BVergG

II. römisch zwei.

Der Antrag, der "Auftraggeberin möge untersagt werden, bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigklärung der Ausschreibung und der im obigen Punkt 1. genannten Bestimmungen, Angebote zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über das Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen österreichweit entgegenzunehmen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs1, 329 Abs 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Abs1, 329 Absatz eins und 3 BVergG

III. römisch drei.

Dem in eventu gestellten Antrag, "der Auftraggeberin möge untersagt werden, bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigklärung der Ausschreibung und der im obigen Punkt 1. genannten Bestimmungen, Angebote der Bieter zu öffnen", wird stattgegeben.

Der ASFINAG ist es für die Dauer des zur Zahl N/0003- BVA/06/2013 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" einlangende Angebote zu öffnen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Abs1, 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 21. Jänner 2013, beim Bundesvergabeamt am 22. Jänner 2013 eingelangt, das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Kosten- bzw. Gebührenersatz sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Darüber hinaus stellte sie folgenden Antrag auf Nichtigklärung:

"Das Bundesvergabeamt wolle ... die gesamte Ausschreibung, in

eventu: folgende Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung (unten lit a) bis o) für nichtig erklären, in eventu: das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung des Auftraggebers, Angebote über das Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhalte- Systemen österreichweit zuzulassen, welche einen der im Folgenden angeführten Mangel enthalten, für nichtig erklären: eventu: folgende Entscheidungen bzw. Festlegungen der Auftraggeberin in der Ausschreibung (unten Litera a,) bis o) für nichtig erklären, in eventu: das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung des Auftraggebers, Angebote über das Liefen und Versetzen von Fahrzeugrückhalte- Systemen österreichweit zuzulassen, welche einen der im Folgenden angeführten Mangel enthalten, für nichtig erklären:

a.) die folgenden Worte im ersten Absatz des Punktes

1.2.1.5 des Abschnittes L.1 Ausschreibungsbestimmungen OV:

"... oder im Einzelfall alternativ dazu einen Einzelnachweis

einer notifizierten Prüfstelle"

b.) den zweiten Absatzes des vorgenannten Punktes 1.2.1.5 des Abschnittes L.1 Ausschreibungsbestimmungen OV:

"Sollte ein solcher Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (noch) nicht vorliegen, so müssen die zur Erlangung der Nachweise erforderlichen Verfahren möglichst umgehend, jedoch vor Ablauf der Angebotsfrist, eingeleitet werden (wie etwa durch eine nachweisliche Übermittlung des Antrages an das bmvit bzw. des Antrages an eine notifizierte Prüfstelle oder eine entsprechende Bestätigung des bmvit bzw. der notifizierten Prüfstelle). Die Einleitung ist dem AG durch den Bieter nachweislich zu übermitteln. Die Nachweise (des bmvit oder Einzelnachweis) müssen jedoch in diesem Fall dem AG bei sonstigem Ausscheiden spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliegen."

c.) die folgenden Worte in Punkt 3.2.1.2. letzter Absatz:

"Bieter haben ein zur Erlangung der geforderten Nachweise erforderliches Verfahren bei einer notifizierten Prüfstelle oder dem bmvit möglichst umgehend, jedoch spätestens vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten und die Einleitung des Verfahrens dem AG nachzuweisen. Spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist muss der Nachweis dem AG vorliegen."

d.) der folgenden Worte in Punkt 4.1.9 vierter Abs.: "und zwar unabhängig davon, ob den AN an der Fristüberschreitung ein Verschulden trifft ."

e.) in Punkt 4.1.18: den Satz: "Im Falle des Rücktritts gebührt dem zurücktretenden AG auch die vereinbarte Konventionalstrafe" und die auf die Wendung "Tritt der AG nicht zurück, so kann er auf Erfüllung bestehen" folgenden

Worte : "... und die vereinbarte Konventionalstrafe für jeden

Kalendertag des Verzugs fordern."

f.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.8: "im Vertrag nicht ausdrücklich angeführte Leistungen sind dessen ungeachtet Vertragsgegenstand, soweit diese Leistungen zur vertragsgemäßen Erfüllung unbedingt notwendig oder erforderlich sind. Für solche Leistungen kann der AN kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen."

In eventu nur: "Für solche Leistungen kann der AN kein gesondertes oder zusätzliches Entgelt verlangen."

g.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.1: "... die im

Zusammenhang mit der Leistungserbringung notwendigen Bewilligungen und behördlichen Genehmigungen selbst einzuholen und deren Gültigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen. Bei Inanspruchnahme ist der AN zur Schad- und Klagloshaltung verpflichtet."

h.) die folgenden Worte in Punkt 7.3.1.: "Der Auftraggeber ist dabei berechtigt, auch bereits in den Unterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegte Auftragsbedingungen einseitig zu ändern, soweit dies für die Leistungserbringung erforderlich oder zweckmäßig ist und keinen oder nur einen geringfügigen Mehraufwand beim Auftragnehmer zur Folge hat."

i.) die folgenden Worte in Punkt 7.3.2. zweiter Absatz :

"... oder sonst in welcher Weise auch immer abzuändern."

j.) die folgenden Wörter in Punkt 4.1.14, dritter Absatz:

"... von 5 Jahren ..."

k.) die folgenden Worte in Punkt 4.1.14 gegen Ende: "Es gelten die Bestimmungen zu dem geringfügigen, behebbare Mängel sinngemäß"

l) den Punkt 4.1.15 : "Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den Bestimmungen des ABGB" m.) in Punkt 1.1.14 der Ausschreibung den Satz: "Im Falle einer Zuschlagserteilung an einen Bieter kann der AG dessen Unterlagen verwerten, ohne dass deshalb dem Bieter hierfür eine besondere Entschädigung geleistet wird." römisch eins) den Punkt 4.1.15 : "Die Schadenersatzansprüche der Vertragspartner richten sich nach den

Bestimmungen des ABGB" m.) in Punkt 1.1.14 der Ausschreibung den Satz: "Im Falle einer Zuschlagserteilung an einen Bieter kann der AG dessen Unterlagen verwerten, ohne dass deshalb dem Bieter hierfür eine besondere Entschädigung geleistet wird."

n.) in Punkt 7.1. der Ausschreibung die folgenden Worte:

"... in welchem der Auftraggeber alle Informationen und

Unterlagen, insbesondere für die Kalkulation seines Angebotspreises erfragen konnte, auf Wunsch erhalten hat und ein darauf gegründetes Angebot gelegt hat. Der Auftragnehmer kann sich daher nicht auf ihm unbekannte Unterlagen, Informationen und sonstige Umstände wie z.B. nicht zutreffende Erwartungen über die vom Auftraggeber abgerufenen Mengen oder Spezifikationen berufen, um Ansprüche welcher Art auch immer geltend zu machen."

Das Bundesvergabeamt möge diese Punkte daher streichen, falls nicht infolge mangelnder Klarheit, mangelnder Kalkulierbarkeit und aus anderen Gründen nicht ohnedies die gesamte Ausschreibung für nichtig erklärt werden sollte."

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Das gegenständliche Vergabeverfahren werde von der ASFINAG Service GmbH als vergebender Stelle im Namen und im Auftrag der ASFINAG als offenes Verfahren zum Zwecke des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung über das "Lieferrn und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit" geführt und sei als Lieferauftrag im Oberschwellenbereich bekannt gemacht worden. Die Angebotsfrist ende am 29. Jänner 2013, 11.00 Uhr.

Durch die Festlegungen, dass die zur Erlangung der Nachweise betreffend die technische Leistungsfähigkeit (Einsatzfreigabeliste oder Prüfzeugnis) erforderlichen Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist erst eingeleitet werden müssen, dass die Bieter der Auftraggeberin nur die Einleitung des Verfahrens nachzuweisen haben und dies auch erst spätestens 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist (Punkt 3.2.1.2. der Leistungsbeschreibung) werden unter anderem der Grundsatz des fairen und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter, das Transparenzgebot sowie das Verbot der Diskriminierung verletzt. Im Zeitpunkt der Angebotseröffnung stehe nämlich nach den Ausschreibungsbedingungen noch gar nicht fest, ob der vermeintliche "Bestbieter" tatsächlich ausschreibungskonform anbiete. Jene Bieter, welche bereits in der Einsatzfreigabeliste stehen oder sich bisher dem Verfahren nach dem Merkblatt des bmvit unterzogen haben und bereits einen positiven Abschluss vorweisen können, hätten erheblichen Aufwand an Zeit und vor allem Kosten auf sich genommen, den sie bei ihrer Angebotslegung auch entsprechend zu kalkulieren haben. Dagegen könnten sich jene Bieter, die bloß einen Antrag gestellt haben, das kostspielige und zeitaufwendige Verfahren ersparen, wenn sie bei Angebotsöffnung feststellen, ohnedies nicht zum Zug zu kommen.

Der wesentliche Unterschied zum bisherigen Verfahren bestehe sohin darin, dass nunmehr der bloße Antrag auf Verfahrenseinleitung genügen soll, um nicht schon bei Angebotsöffnung ausgeschieden zu werden. Damit hätten diese Bieter einen Wettbewerbsvorteil gegenüber jenen Bieter, die in der Einsatzfreigabeliste aufscheinen.

Die Ausschreibung verstoße damit auch grundlegend gegen die Bestimmungen der einschlägigen ÖNORMEN bzw EN-Normen und die EN-V 1317. Die Konformität von Einzelnachweisen sei nämlich mit denselben Einzelanforderungen zu belegen wie diese im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme durch das bmvit" beschrieben sind. Im Merkblatt heiße es, dass der späteste Zeitpunkt für die Vorlage einer aufrechten Einsatzfreigabe grundsätzlich der Stichtag der Angebotseröffnung sei, was im Einklang mit § 69 Z 6 BVergG stehe. In den Punkten 3.2.1.2. und 1.2.1.5. der Ausschreibung sei dagegen vorgesehen, dass es genüge, wenn der Nachweis 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliege. Diese Bestimmungen seien daher in sich widersprüchlich und würden gegen die aufgezeigten vergaberechtlichen Grundsätze verstoßen. Die Ausschreibung verstoße damit auch grundlegend gegen die Bestimmungen der einschlägigen ÖNORMEN bzw EN-Normen und die EN-V 1317. Die Konformität von Einzelnachweisen sei nämlich mit denselben Einzelanforderungen zu belegen wie diese im "Merkblatt zur Erlangung einer Einsatzfreigabe für Fahrzeugrückhaltesysteme durch das bmvit" beschrieben sind. Im Merkblatt heiße es, dass der späteste Zeitpunkt für die Vorlage einer aufrechten Einsatzfreigabe grundsätzlich der Stichtag der Angebotseröffnung sei, was im Einklang mit Paragraph 69, Ziffer 6, BVergG stehe. In den Punkten 3.2.1.2. und 1.2.1.5. der Ausschreibung sei dagegen vorgesehen, dass es genüge, wenn der Nachweis 14 Tage vor dem Ende der Zuschlagsfrist vorliege. Diese Bestimmungen seien daher in sich widersprüchlich und würden gegen die aufgezeigten vergaberechtlichen Grundsätze verstoßen.

Darüber hinaus sei die Ausschreibung so verfasst, dass sie erhebliche Risiken, die sonst den Auftraggeber treffen, auf den Bieter bzw Auftragnehmer überwälze, ohne dass dieser die Möglichkeit hätte, sich individuell und konkret auf diese Risiken einzustellen bzw sie in der Kalkulation zu berücksichtigen. Das Missbrauchsverbot des § 151 Abs 5 BVergG beinhalte auch das Verbot der Aufbürdung unzumutbarer Risiken zu Lasten der an der Rahmenvereinbarung beteiligten Unternehmer. Auch beim Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei daher § 78 Abs 3 BVergG zu beachten und seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können. Es gehöre zwar zum Wesen einer Rahmenvereinbarung, dass keine Abnahmepflicht bestehe. Umso mehr und konkreter müssten einem Bieter aber Informationen zur Verfügung stehen, mit welchen Abrufmengen er zumindest schätzungsweise zu rechnen habe. Nur so könne er nämlich selbst seine Lagerhaltung, seinen Personalstand, die Warenlogistik und alle anderen Faktoren berücksichtigen, die zur Kalkulation eines angemessenen Preises notwendig sind. Weder die Positionen im Leistungsverzeichnis (L.5.) noch die anderen Ausschreibungsbestimmungen hätten ein für die Kalkulation ausreichendes Mengengerüst, insbesondere weil ausreichende Angaben über zumindest ungefähre voraussichtliche Liefermengen, Lieferzeiten, Bodenbeschaffenheiten, konkrete Lieferorte etc. fehlen. Beispielsweise sei in der Position 230171 jeweils Folgendes vorgesehen: " Ist die min. Systemaufstelllänge nicht gegeben so ist diese mit dem System, an welchem die Verzeihung anzuschließen ist, herzustellen. Abgerechnet wird diese Mehrlänge mit der Position "FRS LSStahl, eins. H2 rammen" bzw. "FRS LSStahl, eins. 142 rammen; +50cm". Diese Position sei nicht kalkulierbar, weil in Anbetracht der Gesamtlänge der möglicherweise zu bearbeitenden Strecke (L.2 Projektbeschreibung) und der Ungewissheit der konkreten Leistungsorte, auch nicht vorhersehbar sei, wie viele Systeme, in welchem Umfang und welche vor Ort bestehenden Systeme möglicherweise zu verlängern sind. Angesichts dessen verstoße die vom Bieter abverlangte Blankobestätigung, alle Informationen etc (Punkt 7.1 letzter Absatz der Rahmenvereinbarung) erhalten zu haben, gegen elementare Grundsätze des BVergG und gegen die §§ 864 a und 879 ABGB. Darüber hinaus stehe nicht fest, wohin tatsächlich geliefert werden soll (je nach Bedarf), weswegen auch in Anbetracht dessen, dass insgesamt nur 44 km ausgeschrieben sind, die Leistung nicht ausreichend kalkulierbar sei. Für die Kalkulation eines Angebotes sei es wesentlich, an welchen konkreten Streckenabschnitten die Lieferleistung erfolgen soll, weil dies naturgemäß Einfluss auf die Transportkosten und die Arbeitszeit (An- und Abfahrtsdauer, allfällige Koordinierung der Leistung bei verschiedenen Losen etc.) habe und auch für die Kalkulation des Arbeitsaufwandes im Hinblick auf die zu erwartenden Bodenverhältnisse entscheidend sein könne. Damit verstoße die Ausschreibung gegen das Gebot der nachvollziehbaren Ermittlung des Bestbieters. Dieses sei verletzt, wenn die Zuschlagskriterien nicht dem BVergG entsprechen. Zuschlagskriterien müssten mess- und wägbare sein und einen Bieter in die Lage versetzen, sein Angebot entsprechend den in den Zuschlagskriterien genannten Merkmalen zu überprüfen und zu kalkulieren. Darüber hinaus sei die Ausschreibung so verfasst, dass sie erhebliche Risiken, die sonst den Auftraggeber treffen, auf den Bieter bzw Auftragnehmer überwälze, ohne dass dieser die Möglichkeit hätte, sich individuell und konkret auf diese Risiken einzustellen bzw sie in der Kalkulation zu berücksichtigen. Das Missbrauchsverbot des Paragraph 151, Absatz 5, BVergG beinhalte auch das Verbot der Aufbürdung unzumutbarer Risiken zu Lasten der an der Rahmenvereinbarung beteiligten Unternehmer. Auch beim Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung sei daher Paragraph 78, Absatz 3, BVergG zu beachten und seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermittelt werden können. Es gehöre zwar zum Wesen einer Rahmenvereinbarung, dass keine Abnahmepflicht bestehe. Umso mehr und konkreter müssten einem Bieter aber Informationen zur Verfügung stehen, mit welchen Abrufmengen er zumindest schätzungsweise zu rechnen habe. Nur so könne er nämlich selbst seine Lagerhaltung, seinen Personalstand, die Warenlogistik und alle anderen Faktoren berücksichtigen, die zur Kalkulation eines angemessenen Preises notwendig sind. Weder die Positionen im Leistungsverzeichnis (L.5.) noch die anderen Ausschreibungsbestimmungen hätten ein für die Kalkulation ausreichendes Mengengerüst, insbesondere weil ausreichende Angaben über zumindest ungefähre voraussichtliche Liefermengen, Lieferzeiten, Bodenbeschaffenheiten, konkrete Lieferorte etc. fehlen. Beispielsweise sei in der Position 230171 jeweils Folgendes vorgesehen: " Ist die min. Systemaufstelllänge nicht gegeben so ist diese mit dem System, an welchem die Verzeihung anzuschließen ist, herzustellen. Abgerechnet wird diese Mehrlänge mit der Position "FRS LSStahl, eins. H2 rammen" bzw. "FRS LSStahl, eins. 142 rammen; +50cm". Diese Position sei nicht kalkulierbar, weil in Anbetracht der Gesamtlänge der möglicherweise zu bearbeitenden Strecke (L.2 Projektbeschreibung) und der Ungewissheit der konkreten Leistungsorte, auch nicht vorhersehbar sei, wie viele Systeme, in welchem Umfang und welche vor Ort bestehenden Systeme möglicherweise zu verlängern sind. Angesichts dessen verstoße die vom Bieter

abverlangte Blankobestätigung, alle Informationen etc (Punkt 7.1 letzter Absatz der Rahmenvereinbarung) erhalten zu haben, gegen elementare Grundsätze des BVergG und gegen die Paragraphen 864, a und 879 ABGB. Darüber hinaus stehe nicht fest, wohin tatsächlich geliefert werden soll (je nach Bedarf), weswegen auch in Anbetracht dessen, dass insgesamt nur 44 km ausgeschrieben sind, die Leistung nicht ausreichend kalkulierbar sei. Für die Kalkulation eines Angebotes sei es wesentlich, an welchen konkreten Streckenabschnitten die Lieferleistung erfolgen soll, weil dies naturgemäß Einfluss auf die Transportkosten und die Arbeitszeit (An- und Abfahrtsdauer, allfällige Koordinierung der Leistung bei verschiedenen Losen etc.) habe und auch für die Kalkulation des Arbeitsaufwandes im Hinblick auf die zu erwartenden Bodenverhältnisse entscheidend sein könne. Damit verstoße die Ausschreibung gegen das Gebot der nachvollziehbaren Ermittlung des Bestbieters. Dieses sei verletzt, wenn die Zuschlagskriterien nicht dem BVergG entsprechen. Zuschlagskriterien müssten mess- und wägbare sein und einen Bieter in die Lage versetzen, sein Angebot entsprechend den in den Zuschlagskriterien genannten Merkmalen zu überprüfen und zu kalkulieren.

Überdies würden zahlreiche Ausschreibungsbestimmungen in sachlich nicht gerechtfertigtem Maße von den hier maßgeblichen ÖNORMEN B 2110 bzw B 2118 abweichen und zum Teil auch - jedenfalls im Gesamtzusammenhang - gegen die §§ 879 und 864a ABGB verstoßen. So könne etwa die Auftraggeberin bei Überschreitung der Lieferfrist nach Belieben vom Vertrag zurücktreten und vom Auftragnehmer eine verschuldensunabhängige Pönale begehren, auch wenn die Ursache in der "neutralen" Zone" liege (Punkte 4.1.17 und 4.1.18 der Vertragsbestimmungen). Weiters werde das Bodenrisiko auf den Auftragnehmer überwält (Punkt 4.1.8. der Vertragsbestimmungen). Der Auftraggeberin werde eine gegen § 152 Abs 3 Z 2 lit c BVergG sowie gegen die ÖNORM B 2110 verstoßende umfassende Änderungsbefugnis eingeräumt (Punkte 7.3.1. und 7.3.2. der Rahmenvereinbarung). Die Gewährleistungsfrist werde auf fünf Jahre verlängert, wobei keine Obliegenheit der Auftraggeberin zur sofortigen Mängelrüge bestehe (Punkt 4.1.14 der Vertragsbestimmungen). Dieser Umstand sowie die mit 20% des Bestellwertes begrenzte Vertragsstrafe (Punkt 4.1.17 der Vertragsbestimmungen) würden die Kalkulierbarkeit beeinträchtigen bzw geradezu unmöglich machen. Den Auftragnehmer treffe überdies eine umfassende Pflicht zum Schadenersatz (Punkt 4.1.5. der Vertragsbestimmungen). Überdies würden zahlreiche Ausschreibungsbestimmungen in sachlich nicht gerechtfertigtem Maße von den hier maßgeblichen ÖNORMEN B 2110 bzw B 2118 abweichen und zum Teil auch - jedenfalls im Gesamtzusammenhang - gegen die Paragraphen 879 und 864 a ABGB verstoßen. So könne etwa die Auftraggeberin bei Überschreitung der Lieferfrist nach Belieben vom Vertrag zurücktreten und vom Auftragnehmer eine verschuldensunabhängige Pönale begehren, auch wenn die Ursache in der "neutralen" Zone" liege (Punkte 4.1.17 und 4.1.18 der Vertragsbestimmungen). Weiters werde das Bodenrisiko auf den Auftragnehmer überwält (Punkt 4.1.8. der Vertragsbestimmungen). Der Auftraggeberin werde eine gegen Paragraph 152, Absatz 3, Ziffer 2, Litera c, BVergG sowie gegen die ÖNORM B 2110 verstoßende umfassende Änderungsbefugnis eingeräumt (Punkte 7.3.1. und 7.3.2. der Rahmenvereinbarung). Die Gewährleistungsfrist werde auf fünf Jahre verlängert, wobei keine Obliegenheit der Auftraggeberin zur sofortigen Mängelrüge bestehe (Punkt 4.1.14 der Vertragsbestimmungen). Dieser Umstand sowie die mit 20% des Bestellwertes begrenzte Vertragsstrafe (Punkt 4.1.17 der Vertragsbestimmungen) würden die Kalkulierbarkeit beeinträchtigen bzw geradezu unmöglich machen. Den Auftragnehmer treffe überdies eine umfassende Pflicht zum Schadenersatz (Punkt 4.1.5. der Vertragsbestimmungen).

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich schon daraus, dass sie im Vergabeverfahren ein frist- und formgerechtes Angebot erstellen werde und in Österreich bereits zahlreiche Straßen erfolgreich mit ihren Systemen ausgestattet habe. Sie verfüge über bestausgebildete Spezialisten, die technisch hochwertigste Produkte erzeugen, welche sowohl den innerstaatlichen als auch den europäischen Normen entsprechen. Sie habe daher ein relevantes Interesse, nur mit solchen Unternehmen konkurrenzieren zu müssen, welche ebenfalls diese Auflagen erfüllen, welche in den EN 1317-1, -2 und -5 sowie in der RVS festgelegt seien. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin als Bestbieterin ermittelt würde. Es drohe daher ein Schaden in Höhe des Gewinnentganges bzw des Verlusts des Deckungsbeitrages einschließlich der Regiegemeinkosten und sei dieser mit rund € 30.000,- zu beziffern. Darüber hinaus sei die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Angebotslegung, der anwaltlichen Vertretung und der entrichteten Pauschalgebühren frustriert wären (rund € 8.000,-). Schließlich handle es sich auch um ein wichtiges Referenzprojekt im Bereich der Stahlleitschienen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf ein faires, transparentes und klares Vergabeverfahren, insbesondere auf Gleichbehandlung mit den anderen Bietern, auf eine klare und transparente Ausschreibung und die Bindung auch des Auftraggebers an seine Ausschreibung sowie in ihrem Recht darauf, dass keine Bestimmungen in

der Ausschreibung enthalten sein dürfen, welche die Sicherheit von Personen und Sachen gefährden, als verletzt. Weiters sei die Antragstellerin in ihrem Recht verletzt, eine ausreichende und klare Grundlage für die Kalkulation des Angebotes in der Gestalt eines entsprechenden Mengengerüsts zu erhalten.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin das Vergabeverfahren ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme weiterführen könnte, was die aufgezeigten nachteiligen Folgen nach sich ziehen würde. Die Antragstellerin wäre auf die Geltendmachung von Schadenersatz beschränkt. Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden weder ein Interesse der Auftraggeberin noch sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen, zumal gerade die aufgezeigten besonderen Anforderungen an das ausgeschriebene Produkt primär dem Schutz des Lebens und der körperlichen Sicherheit der Verkehrsteilnehmer sowie der möglichst geringen Beeinträchtigung von Sachgütern dienen würden.

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 25. Jänner 2013 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte am 28. Jänner 2013 die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG (CPV-Code 45233110). Als Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Angebotsfrist ende am 19. Februar 2013, 11.00 Uhr. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet. Die Auftraggeberin, die ASFINAG, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 25. Jänner 2013 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte am 28. Jänner 2013 die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 45233110). Als Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Angebotsfrist ende am 19. Februar 2013, 11.00 Uhr. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen und der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, die ASFINAG, hat die gegenständliche Leistung im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L- 518290-2c5; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2012/S 237-390266). Leistungsgegenstand ist das Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl (CPV-Code 45233110). Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll ein Jahr mit Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr betragen.

Ausgeschrieben sind fünf Lose: Los SL01 (Streckenbereich Oberösterreich), Los SL02 (Streckenbereich Tirol/Vorarlberg), Los SL03 (Streckenbereich Kärnten und Salzburg), Los SL04 (Streckenbereich Wien und NÖ-Süd), Los SL05 (Streckenbereich NÖ-Nord). Als Ende der Angebotsfrist war ursprünglich der 29. Jänner 2013, 11.00 Uhr, festgelegt. Im Rahmen der 3. Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 23. Jänner 2013 wurde die Angebotsfrist auf den 19. Februar 2013, 11.00 Uhr, erstreckt.

Am 21. Jänner 2013 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein.

Es wurde weder eine Rahmenvereinbarung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Lose abgeschlossen bzw der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 19. Oktober 2012, N/0088-BVA/11/2012-21). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Lieferauftrag iSd § 5 BVergG (CPV-Code 45233110), der in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert

des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (§ 15 Abs 3 und 4 BVergG). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 19. Oktober 2012, N/0088-BVA/11/2012-21). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Lieferauftrag iSd Paragraph 5, BVergG (CPV-Code 45233110), der in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (Paragraph 15, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. 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 Bundesvergabegesetzes. 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 nach Auskunft der Auftraggeberin weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch der Zuschlag erteilt und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da nach Auskunft der Auftraggeberin weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch der Zuschlag erteilt und das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 bzw 4 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, bzw 4 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1, 2 Abs 1 und 3 Abs 1 BVA-GebV 2012). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins, 2, Absatz eins und 3 Absatz eins, BVA-GebV 2012).

III. Inhaltliche Beurteilung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung

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.

Der Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren "Liefern und Versetzen von Fahrzeugrückhaltesystemen aus Stahl nach Losen österreichweit". Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Verlust des Abschlusses der Rahmenvereinbarung (und des allfälligen Abrufs der darauf basierenden Aufträge) mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit eines allfälligen Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der

Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Verlust des Abschlusses der Rahmenvereinbarung (und des allfälligen Abrufs der darauf basierenden Aufträge) mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit eines allfälligen Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den entgangenen Gewinn und den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe ua BVA vom 21. Februar 2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA vom 9. Juni 2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Dagegen hat die Auftraggeberin ihrerseits keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Im Übrigen sind dem Bundesvergabeamt keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Im Sinne ständiger Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa bereits BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10; 14. Juni 2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb bereits BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen. Da die Auftraggeberin die Angebotsfrist lediglich bis zum 19. Februar 2013 und damit nicht über das Ende der behördlichen Entscheidungsfrist erstreckt hat, erweist sich die begehrte Untersagung der Angebotsöffnung als notwendig und geeignet, den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (Spruchpunkt III). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG. Dagegen war den sonstigen beantragten Sicherungsmaßnahmen (Spruchpunkt I und II) kein Erfolg beschieden, zumal diese die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin über Gebühr einschränken würden. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen. Da die Auftraggeberin die Angebotsfrist lediglich bis zum 19. Februar 2013 und damit nicht über das Ende der behördlichen Entscheidungsfrist erstreckt hat, erweist sich die begehrte Untersagung der Angebotsöffnung als notwendig und geeignet, den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (Spruchpunkt römisch drei). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG. Dagegen war den sonstigen beantragten Sicherungsmaßnahmen (Spruchpunkt römisch eins und römisch zwei) kein Erfolg beschieden, zumal diese die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin über Gebühr einschränken würden.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA vom 10. Mai 2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des

Nachprüfungsverfahren nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVA vom 10. Februar 2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA vom 10. Mai 2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN).

Zuletzt aktualisiert am

05.03.2013

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