

TE Verg Bescheid 2012/11/23 N/0106-BVA/13/2012-10EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.11.2012

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 16.11.2012 "das Bundesvergabeamt wolle dem Auftraggeber nach dessen Verständigung über diesen Antrag die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens mittels einstweiliger Verfügung untersagen" gemäß § 328 BVergG 2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 16.11.2012 "das Bundesvergabeamt wolle dem Auftraggeber nach dessen Verständigung über diesen Antrag die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens mittels einstweiliger Verfügung untersagen" gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 16.11.2012, beim BVA eingelangt am 16.11.2012, begehrte die Antragstellerin Ausnahmen von der Akteneinsicht, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der

Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass der Auftraggeber ASFINAG ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages durchführe. Ausschreibungsgegenstand sei die örtliche Bauaufsicht zum Projekt A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau. Die Antragstellerin habe ein Angebot gelegt. Am 06.11.2012 habe die Antragstellerin über das System AVA-Online eine Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers und zwar zu Gunsten des preislich erstgereihten Bieterkonsortiums bestehend aus C*** und D*** erhalten. Gemäß der Begründung des Auftraggebers für die Zuschlagsentscheidung seien dieser 99,9 von 100 Punkten verliehen worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nur an dritter Stelle gereiht und zwar mit einer Gesamtpunkteanzahl von 88,3541 Punkten. Dem präsumtiven Bestbieter seien somit nicht nur für das Zuschlagskriterium Preis die volle Punkteanzahl verliehen worden, sondern auch für die Qualitätspunkte habe er beinahe die maximal denkbare Punkteanzahl erhalten. An Gründen für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 wird angegeben:

1. 1.Ziffer eins

Das Angebot des präsumtiven Bestbieters sei auszuschneiden, weil sein ÖBA-Leiter Brücke nicht zur Verfügung stehe:

Es sei für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung, dass die als Schlüsselpersonal angebotenen Personen auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Ein Angebot, dessen Schlüsselpersonal gar nicht zur Verfügung stehe, sei deshalb (und auch gemäß § 129 Abs I Z 7 BVergG) ausschreibungswidrig und auszuschneiden. Das sei beim Angebot des präsumtiven Bestbieters der Fall, weil sein ÖBA- Leiter Brücke über Jahre bei einem Bauprojekt der ÖBB vertraglich mit seiner gesamten Kapazität gebunden sei. Die Referenzprojekte, welche ein ÖBA-Leiter Brücke nachweisen müsse, um die maximale Punkteanzahl erreichen zu können, sei so spezifisch, dass bei den teilnehmenden Bietergemeinschaften nur zwei Personen in Frage kommen würden. Eine dieser beiden Personen sei im Angebot der Antragsteller genannt. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger 99,9% aller denkbaren Punkte erreicht haben soll, müsse die andere Person in seinem Angebot angegeben sein. Dabei handle es sich Herrn E***. Nach den Informationen der Antragsteller sei Herr E*** auch im Angebot des präsumtiven Bestbieters genannt. Auch wenn sein Einsatz auf Grund seiner herausragenden Qualifikation für den Auftraggeber wünschenswert wäre, könne Herr E*** nicht zur Verfügung stehen, weil er bereits in einem anderen Projekt vertraglich gebunden sei. Herr E*** sei als ÖBA- Leiter im Baulos 60.6 Drauerung, einem Projekt der ÖBB- Infrastruktur AG tätig und zwar bis voraussichtlich Mitte 2015. Auch dort seien die im Angebot genannten Schlüsselkräfte verbindlich einzusetzen. Eine Zustimmung der ÖBB-Infrastruktur AG, Herrn E*** zu Gunsten eines anderen Projektes abzugeben, könne ausgeschlossen werden. Außerdem sei der Bieter eines ein Angebotes, bei welchem im Rahmen der Selbstdeklaration hinsichtlich der Referenzprojekte vorsätzlich eine unrichtige oder unwahre Referenz angegeben wird, gemäß Punkt 1.123 der Ausschreibungsunterlage (und gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG) auszuschließen. Werde für eine der drei Schlüsselpersonal-Personen ein ÖBA-Leiter angegeben, der bereits bei einem der größten Bahnprojekte in Österreich als ÖBA-Leiter tätig und vertraglich gebunden sei, sei "mit hoher einer gewissen Wahrscheinlichkeit" von einer vorsätzlich und nicht bloß irrtümlich unrichtigen Angabe auszugehen. Auch das treffe auf den als ÖBA-Leiter Brücke genannten E*** zu. Das Angebot des präsumtiven Bestbieters wäre daher auszuschneiden und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Es sei für den Auftraggeber von besonderer Bedeutung, dass die als Schlüsselpersonal angebotenen Personen auch tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Ein Angebot, dessen Schlüsselpersonal gar nicht zur Verfügung stehe, sei deshalb (und auch gemäß Paragraph 129, Abs römisch eins Ziffer 7, BVergG) ausschreibungswidrig und auszuschneiden. Das sei beim Angebot des präsumtiven Bestbieters der Fall, weil sein ÖBA- Leiter Brücke über Jahre bei einem Bauprojekt der ÖBB vertraglich mit seiner gesamten Kapazität gebunden sei. Die Referenzprojekte, welche ein ÖBA-Leiter Brücke nachweisen müsse, um die maximale Punkteanzahl erreichen zu können, sei so spezifisch, dass bei den teilnehmenden Bietergemeinschaften nur zwei Personen in Frage kommen würden. Eine dieser beiden Personen sei im Angebot der Antragsteller genannt. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger 99,9% aller denkbaren Punkte erreicht haben soll, müsse die andere Person in seinem Angebot angegeben sein. Dabei handle es sich Herrn E***. Nach den Informationen der Antragsteller sei Herr E*** auch im Angebot des präsumtiven Bestbieters genannt. Auch wenn sein Einsatz auf Grund seiner herausragenden Qualifikation für den Auftraggeber wünschenswert wäre, könne Herr E*** nicht zur Verfügung

stehen, weil er bereits in einem anderen Projekt vertraglich gebunden sei. Herr E*** sei als ÖBA- Leiter im Baulos 60.6 Drauerquerung, einem Projekt der ÖBB-Infrastruktur AG tätig und zwar bis voraussichtlich Mitte 2015. Auch dort seien die im Angebot genannten Schlüsselkräfte verbindlich einzusetzen. Eine Zustimmung der ÖBB-Infrastruktur AG, Herrn E*** zu Gunsten eines anderen Projektes abzugeben, könne ausgeschlossen werden. Außerdem sei der Bieter eines in dem Angebot, bei welchem im Rahmen der Selbstdeklaration hinsichtlich der Referenzprojekte vorsätzlich eine unrichtige oder unwahre Referenz angegeben wird, gemäß Punkt 1.123 der Ausschreibungsunterlage (und gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG) auszuschließen. Werde für eine der drei Schlüsselpersonal-Personen ein ÖBA-Leiter angegeben, der bereits bei einem der größten Bahnprojekte in Österreich als ÖBA-Leiter tätig und vertraglich gebunden sei, sei "mit hoher Wahrscheinlichkeit" von einer vorsätzlich und nicht bloß irrtümlich unrichtigen Angabe auszugehen. Auch das treffe auf den als ÖBA-Leiter Brücke genannten E*** zu. Das Angebot des präsumtiven Bestbieters wäre daher auszuschließen und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

2. Ziffer 2

Dem Angebot des präsumtiven Bestbieters seien wesentlich weniger Punkte zu gewähren, weil sein ÖBA-Leiter Brücke nicht zur Verfügung stehe:

Selbst wenn der nicht einsetzbare ÖBA-Leiter Brücke doch nicht zu einem Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Bestbieters und auch nicht zu dessen Ausschluss führen sollte, sei die Zuschlagsentscheidung trotzdem rechtswidrig. Die Qualifikationen des ÖBA-Leiters Brücke seien für die Vergabe von Qualitätspunkten bei den Subkriterien Referenzen - ÖBA-Leiter Brücke (4+2 Punkte), Mindestpersonaleinsatz (bis zu 4 Punkten), Berufserfahrung - Ausbildung und Berufserfahrung - ÖBA-Leiter Brücke (0,50 Punkte) und Berufserfahrung - Personalentwicklung - ÖBA-Leiter Brücke (0,50 Punkte) ausschlaggebend. Dies ergebe sich aus der Matrix auf Seite 5 des Teils D.1.2 der Ausschreibungsunterlagen. Stehe diese Person aber nicht zur Verfügung, dürfe einem Angebot zu allen diesen Kriterien kein Punkt zugeteilt werden. Schließlich fielen dann alle Qualifikationen dieser Person ersatzlos weg. Somit wären dem Angebot des präsumtiven Bestbieters 11 Punkte weniger zu verleihen. Da auch beim Hearing das Schlüsselpersonal anwesend zu sein habe, eine dieser drei Personen aber gar nicht anwesend sein dürfe, könne die Verleihung der vollen Punktezahl an den präsumtiven Bestbieter für das Subkriterium Hearing unmöglich korrekt sein. Die darzustellende Qualität des Projektteams wäre gravierend verschlechtert. Folglich müsste den Antragstellern die maximale Punkteanzahl für das Hearing verliehen werden (30 Punkte) und nicht dem präsumtiven Bestbieter. Diesem dürften höchstens 22,5 Punkte für den zweiten Platz verliehen werden; das seien 7,5 Punkte weniger. Insgesamt wären dem präsumtiven Bestbieter somit 11 + 7,5 Punkte, also 18,5 Punkte weniger zu verleihen und er käme nur auf 81,3 Punkte. Da den Antragstellern richtigerweise zumindest beim Kriterium Hearing mehr Punkte zu verleihen wären, käme ihr Angebot jedenfalls vor jenem des präsumtiven Bestbieters zu liegen. Aus den nachfolgend dargestellten Gründen, wäre ihr Angebot deshalb auch vor jenem des derzeit zweitgereihten Bieters zu reihen. Den Anträgen der Antragsteller sei Recht zu geben und die Zuschlagsentscheidung sei für nichtig zu erklären.

3. Ziffer 3

Das Angebot des zweitgereihten Bieters sei auszuschließen, weil auch sein ÖBA-Leiter Tunnel nicht zur Verfügung stehe:

Auch das Angebot des zweitgereihten Bieters sei auszuschließen. Der darin genannte ÖBA-Leiter Tunnel sei sogar bei einem Projekt des Auftraggebers in Oberösterreich, nämlich beim Projekt S 10 Mühlviertler Schnellstraße gebunden und könne deshalb für das verfahrensgegenständliche Projekt nicht mehr eingesetzt werden. Das Angebot sei aus den oben dargelegten Gründen auszuschließen bzw der betreffende Bieter auszuschließen.

4. Ziffer 4

Dem Angebot des zweitgereihten Bieters seien wesentlich weniger Punkte zu gewähren, weil sein ÖBA-Leiter Tunnel nicht zur Verfügung stehe und

5. Ziffer 5

Dem Angebot des zweitgereihten Bieters seien wesentlich weniger Punkte zu gewähren, weil die Bepunktung zum Kriterium Hearing unrichtig berechnet sei.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die Antragsgegnerin ab Ende der Stillhaltefrist die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung hätte, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe. Eine bloße (ex post-)Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung

und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen könnten den Verlust der Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen. Die Antragstellerin erkläre ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2012 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) sei, welche durch die vergebende ASFINAG Bau Management GmbH vertreten werde. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von €

4.120.000.-- exklusive USt der in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.6.2012, in der EU am 27.6.2012 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C*** und 2. D*** sei am 6.11.2012 erfolgt. 4.120.000.-- exklusive USt der in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.6.2012, in der EU am 27.6.2012 erfolgt. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C*** und 2. D*** sei am 6.11.2012 erfolgt.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 20.11.2012 hat sich diese gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ausgesprochen.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ASFINAG hat zur Beschaffung "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offen Verfahrens gemäß § 25 Abs 2 BVergG mit einem geschätzten Auftragswert von €Die ASFINAG hat zur Beschaffung "A9 Pyhrn Autobahn Tunnelkette Klaus Vollausbau, Örtliche Bauaufsicht" einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offen Verfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG mit einem geschätzten Auftragswert von €

4.120.000.-- exklusive USt ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 22.6.2012, in der EU am 27.6.2012 erfolgt. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 6.11.2012 eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C*** und 2. D*** getroffen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2012, Akt des Vergabeverfahrens)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

1. 3.Ziffer 3

Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben.Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden

Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der Zuschlagsentscheidung am 6.11.2012 Kenntnis erlangt (siehe Punkt 1.1.3 des Schreibens der Antragstellerin vom 16.11.2012). Der Nachprüfungsantrag ist am 16.11.2012 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergewährt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Antragstellerin hat von der Zuschlagsentscheidung am 6.11.2012 Kenntnis erlangt (siehe Punkt 1.1.3 des Schreibens der Antragstellerin vom 16.11.2012). Der Nachprüfungsantrag ist am 16.11.2012 beim BVA eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergewährt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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 2006 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.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, "das Bundesvergabeamt wolle dem Auftraggeber nach dessen Verständigung über diesen Antrag die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens mittels einstweiliger Verfügung untersagen".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2012 die Vergabe an die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C*** und 2. D*** beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat nichts gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vorgebracht.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

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. § 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. Die Auftraggeberin 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 (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). 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. 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. Die Auftraggeberin 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 vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2013

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