

TE Verg Bescheid 2012/11/14 N/0103-BVA/10/2012-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.11.2012

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 "AP03 vorgehängte Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten" der Auftraggeberin Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH vertreten durch die ausschreibende Stelle A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, vom 7. November 2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, 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 "AP03 vorgehängte Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten" der Auftraggeberin

Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH vertreten durch die ausschreibende Stelle A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, vom 7. November 2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "folgende auf 6 Wochen befristete Einstweilige Verfügung erlassen: Bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamts über den oben (vgl. lit a) bezeichneten Antrag auf Nichtigkeitsklärung, längstens aber bis 6 Wochen ab Erlassung dieser Einstweiligen Verfügung hat die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH, vertreten durch die A***, bei sonstiger Exekution und Nichtigkeit aller gegen diese Einstweilige Verfügung widersprechenden Maßnahmen/Erklärungen/ Vertragsabschlüsse es zu unterlassen, das Vergabeverfahren 'Gewerk 'Vorgehängte Fassade' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten' zu widerrufen und/oder ein weiteres Vergabeverfahren betreffend das Gewerk 'Vorgehängte Fassade für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten' zu beginnen und/oder durchzuführen.", wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "AP03 vorgehängte Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten", den Widerruf zu erklären. Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "folgende auf 6 Wochen befristete Einstweilige Verfügung erlassen: Bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamts über den oben vergliche Litera a,) bezeichneten Antrag auf Nichtigkeitsklärung, längstens aber bis 6 Wochen ab Erlassung dieser Einstweiligen Verfügung hat die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH, vertreten durch die A***, bei sonstiger Exekution und Nichtigkeit aller gegen diese Einstweilige Verfügung widersprechenden Maßnahmen/Erklärungen/ Vertragsabschlüsse es zu unterlassen, das Vergabeverfahren 'Gewerk 'Vorgehängte Fassade' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten' zu widerrufen und/oder ein weiteres Vergabeverfahren betreffend das Gewerk 'Vorgehängte Fassade für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten' zu beginnen und/oder durchzuführen.", wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "AP03 vorgehängte Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten", den Widerruf zu erklären.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird gemäß § 329 Abs 4 BVergG abgewiesen. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG abgewiesen.

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 B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 7. November 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Widerrufsentscheidung. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf eine ausreichende Begründung der Widerrufsentscheidung, die Zuschlagsentscheidung und die Auftragserteilung, den Nicht-Widerruf des Vergabeverfahrens "Gewerk vorgehängte Fassade", eine sachverständige Erstellung eines Kostenanschlages, und die Durchführung eines fairen, lauten Vergabeverfahrens, das nicht zu Markterkundungszwecken erfolgt (§ 19 BVergG 2006) beschwert. Nach Darlegung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Darstellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, gab sie als drohenden Schaden Kosten in der Höhe von ca Euro 15.000 für die Beteiligung an dem Vergabeverfahren, Kosten der Rechtsberatung von ca Euro 5.000, das Erfüllungsinteresse in Höhe des Gemeinkostenzuschlag bzw Gewinnzuschlags von 15 %, des Wegfalls der Auslastung der Produktionskapazitäten sowie des Verlusts eines Referenzprojekts. Begründend führt sie im Wesentlichen aus, dass die Widerrufsentscheidung wie die Zuschlagsentscheidung zu begründen sei. Bereits spätestens mit der Widerrufsentscheidung seien den Bietern alle Informationen zu geben, die es ihnen ermöglichen, die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung zu beurteilen. Die Widerrufsentscheidung sei mit der Zuschlagsentscheidung systematisch vergleichbar; sie sei die letzte anfechtbare Entscheidung in einem Vergabeverfahren. Es sei zwar begründend angegeben worden, dass das billigste Angebot 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag sei jedoch nicht bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin könne nicht feststellen, ob der billigste Angebotspreis tatsächlich 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der

Kostenvoranschlag müsse sachverständig ermittelt sein. Der Angebotspreis der Antragstellerin lasse sich angesichts der Einkaufspreise des notwendigen Materials nicht um 20 % unterbieten. Dem Vernehmen nach wolle die Auftraggeberin nach dem Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen. Eine derartige Vorgangsweise widerspreche den Grundsätzen eines fairen und lauterer Wettbewerbs. Wäre ein Widerruf ohne weitere Prüfung, ob der Kostenanschlag zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung sachverständig geschätzt vorlag, zulässig und könnte der Auftraggeber daraufhin ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchführen, erübrige sich jedes Vergabeverfahren. Ein Auftraggeber könnte jederzeit das Überschreiten eines Kostenanschlages behaupten und danach nach eigenem Gutdünken verhandeln. In Ermangelung weiterer Informationen sei anzumerken, dass zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung kein sachverständig geschätzter Kostenanschlag vorgelegen sei, der um mehr als 20 % unter dem Preis der Antragstellerin gelegen sei. Zu beachten sei, dass der Antragstellerin bis heute nicht einmal bekanntgegeben worden sei, wer den Kostenanschlag erstellt habe und wie hoch der Kostenanschlag sei, obwohl es sich hierbei mittlerweile um keinerlei schützenswerte Geheimnisse handle. Im Hinblick darauf; dass unser Gesamtpreis allgemein bekannt sei, sei zu befürchten, dass die Antragstellerin keine faire Chance in einem weiteren Verfahren habe. Es liege kein sachlicher Widerrufsgrund vor. Es liege weder ein Widerrufsgrund nach Punkt E der Ausschreibungsbedingungen noch nach § 130 BVergG vor. Die angestrebte Vorgangsweise verstoße auch gegen den Grundsatz eines fairen und lauterer Vergabeverfahrens. Die B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 7. November 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung. Sie erachtet sich in ihren Rechten auf eine ausreichende Begründung der Widerrufsentscheidung, die Zuschlagsentscheidung und die Auftragserteilung, den Nicht-Widerruf des Vergabeverfahrens "Gewerk vorgehängte Fassade", eine sachverständige Erstellung eines Kostenanschlages, und die Durchführung eines fairen, lauterer Vergabeverfahrens, das nicht zu Markterkundungszwecken erfolgt (Paragraph 19, BVergG 2006) beschwert. Nach Darlegung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags und Darstellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts, gab sie als drohenden Schaden Kosten in der Höhe von ca Euro 15.000 für die Beteiligung an dem Vergabeverfahren, Kosten der Rechtsberatung von ca Euro 5.000, das Erfüllungsinteresse in Höhe des Gemeinkostenzuschlag bzw Gewinnzuschlags von 15 %, des Wegfalls der Auslastung der Produktionskapazitäten sowie des Verlusts eines Referenzprojekts. Begründend führt sie im Wesentlichen aus, dass die Widerrufsentscheidung wie die Zuschlagsentscheidung zu begründen sei. Bereits spätestens mit der Widerrufsentscheidung seien den Bietern alle Informationen zu geben, die es ihnen ermöglichten, die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung zu beurteilen. Die Widerrufsentscheidung sei mit der Zuschlagsentscheidung systematisch vergleichbar; sie sei die letzte anfechtbare Entscheidung in einem Vergabeverfahren. Es sei zwar begründend angegeben worden, dass das billigste Angebot 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag sei jedoch nicht bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin könne nicht feststellen, ob der billigste Angebotspreis tatsächlich 20 % über dem Kostenvoranschlag liege. Der Kostenvoranschlag müsse sachverständig ermittelt sein. Der Angebotspreis der Antragstellerin lasse sich angesichts der Einkaufspreise des notwendigen Materials nicht um 20 % unterbieten. Dem Vernehmen nach wolle die Auftraggeberin nach dem Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen. Eine derartige Vorgangsweise widerspreche den Grundsätzen eines fairen und lauterer Wettbewerbs. Wäre ein Widerruf ohne weitere Prüfung, ob der Kostenanschlag zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung sachverständig geschätzt vorlag, zulässig und könnte der Auftraggeber daraufhin ein Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung durchführen, erübrige sich jedes Vergabeverfahren. Ein Auftraggeber könnte jederzeit das Überschreiten eines Kostenanschlages behaupten und danach nach eigenem Gutdünken verhandeln. In Ermangelung weiterer Informationen sei anzumerken, dass zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung kein sachverständig geschätzter Kostenanschlag vorgelegen sei, der um mehr als 20 % unter dem Preis der Antragstellerin gelegen sei. Zu beachten sei, dass der Antragstellerin bis heute nicht einmal bekanntgegeben worden sei, wer den Kostenanschlag erstellt habe und wie hoch der Kostenanschlag sei, obwohl es sich hierbei mittlerweile um keinerlei schützenswerte Geheimnisse handle. Im Hinblick darauf; dass unser Gesamtpreis allgemein bekannt sei, sei zu befürchten, dass die Antragstellerin keine faire Chance in einem weiteren Verfahren habe. Es liege kein sachlicher Widerrufsgrund vor. Es liege weder ein Widerrufsgrund nach Punkt E der Ausschreibungsbedingungen noch nach Paragraph 130, BVergG vor. Die angestrebte Vorgangsweise verstoße auch gegen den Grundsatz eines fairen und lauterer Vergabeverfahrens.

Die Antragstellerin erhob ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und führte im Wesentlichen aus, dass sie ein erhebliches Interesse am Zuschlag im

gegenständlichen Vergabeverfahren habe. Es gehe ihr vor allem darum, die ausgeschriebene Bauleistung selbst ausüben zu können, insbesondere die von uns vorgehaltenen Kapazitäten über die Projektzeit teilweise auszulasten und in diesem Zusammenhang ein interessantes Projekt zu realisieren, einen wesentlichen Referenzauftrag zu erhalten, und seien diese Interessen nicht durch einen Aufwandsersatz oder durch den Ersatz des entgangenen Gewinns abgedeckt. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu Markterkundungszwecken sei unzulässig. Hinzu komme, dass ein Vergabeverfahren durch Sachverständige zu betreuen sei.

Am 9. November 2012 legte die Auftraggeberin Teil C der Ausschreibungsunterlagen vor.

Die Auftraggeberin erstattete die Stellungnahme vom 12. November 2012. Zum Hauptverfahren behielt sie sich eine Stellungnahme vor. Zum Provisorialverfahren sah die Auftraggeberin von einer Stellungnahme ab, behauptete jedoch unter Verweis auf die Festlegung in Punkt E der Ausschreibungsunterlage eine Chancenlosigkeit des Nachprüfungsantrags.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 13. November 2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist zu FN 228007f im Firmenbuch eingetragen. Die einzige Gesellschafterin ist die Wirtschaftskammer Niederösterreich. (amtliche Einschau im offenen Firmenbuch)

Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH errichtet ein Technikzentrum beim WIFI St. Pölten. Als vergebende Stelle fungiert die A***. Dazu hat sie das Los der Errichtung der Fassade unter der Bezeichnung "AP03 Fassade Neubau Technikzentrum WIFI St. Pölten" als Bauauftrag in einem offenen Verfahren nach den Regeln für den Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 2,370.780. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Veröffentlichung der Vorinformation erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. Februar 2012 zur Zahl 2012/S 41-066350 und im öffentlichen Lieferungsanzeiger vom 28. Februar 2012 zur Zahl L-502442-2213, beide abgesandt am 27. Februar 2012. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 12. September 2012 zur Zahl 2012/S 175-288471 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 10. September 2012 zur Zahl L-513762-294, beide abgesandt am 7. September 2012. (amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter auftrag.at)

Der CPV-Code für die Hauptleistung ist 45443000 - Fassadenarbeiten und für ergänzende Gegenstände 45421100 - Einbau von Türen und Fenstern sowie Zubehör. (Auskunft der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und unter auftrag.at)

Die Angebotsöffnung erfolgte am 15. Oktober 2012 von 11.15 Uhr bis

11.55 Uhr. Elf Bieter gaben Angebote ab. Die vier billigsten Angebote waren jenes der B*** mit Euro 2,923.313,00, der C*** mit Euro 3,081.480,00, jenes der D*** mit Euro 3,370.363,98 und jenes der E*** mit Euro 3,426.168,71 jeweils ohne USt. Bei der Angebotsöffnung war kein Vertreter der Antragstellerin anwesend. (Auskunft der Auftraggeberin; Blg./3 zum Nachprüfungsantrag)

Es wurden keine Angebote ausgeschrieben. (Auskunft der Auftraggeberin)

Am 29. Oktober 2012 erhielt die Antragstellerin folgendes Schreiben von der vergebenden Stelle per Telefax:

"B***

Fax: *****_*****

Wien, 29.10.2012

Betrifft Widerruf des Vergabeverfahrens Gewerke 'Vorgehängte Fassaden' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten

Sehr geehrte Damen und Herren!

Namens und im Auftrag der Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH als Auftraggeberin Im Vergabeverfahren Gewerk 'Vorgehängte Fassade' für den Neubau des Technikzentrums des WIFI St. Pölten müssen wir den Widerruf des Verfahrens erklären,

Gemäß Kapitel E der Ausschreibungsbestimmungen hat die Auftraggeberin das Recht, das Verfahren dann zu widerrufen, wenn das für den Zuschlag in Betracht kommende Angebot um mehr als 20% über dem Wert des beim Auftraggeber vorliegenden Kostenanschlages für das gegenständliche Gewerk liegt. Dies ist im gegenständlichen Vergabeverfahren selbst für den Bestbieter der Fall, weshalb die Auftraggeberin von dieser Klausel Gebrauch macht.

Die Stillhaltefrist beträgt gemäß § 140 Abs 4 BVergG 10 Tage. Die Stillhaltefrist beträgt gemäß Paragraph 140, Absatz 4, BVergG 10 Tage.

Mit freundlichen Grüßen"

(Blg./1 zum Nachprüfungsantrag)

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

Die Antragstellerin bezahlte Euro 4.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

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. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH. Sie steht zur Gänze im Eigentum der Wirtschaftskammer Niederösterreich, die öffentliche Auftraggeberin ist. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb des WIFI St. Pölten. Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe zur vergleichbaren Konstellation beim WIFI Vorarlberg BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26 und 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, jener des gegenständlichen Loses zwar unter jenem Wert, allerdings ist das Vergabeverfahren wegen des Gesamtauftragswertes und des Wertes des gegenständlichen Loses von mehr als Euro 1,000.000 nach den Regeln für den Oberschwellenbereich zu führen. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH. Sie steht zur Gänze im Eigentum der Wirtschaftskammer Niederösterreich, die öffentliche Auftraggeberin ist. Ihr Zweck ist die Errichtung und der Betrieb des WIFI St. Pölten. Die Gebäudeerrichtungs- und Betriebs GmbH ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe zur vergleichbaren Konstellation beim WIFI Vorarlberg BVA 10. 8. 2007, 17F-4/05-26 und 10. 8. 2007, 17F-5/05-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, jener des gegenständlichen Loses zwar unter jenem Wert, allerdings ist das Vergabeverfahren wegen des Gesamtauftragswertes und des Wertes des gegenständlichen Loses von mehr als Euro 1,000.000 nach den Regeln für den Oberschwellenbereich zu führen.

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 a 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 a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13. Oktober 2012, OZ 10, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit 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 13. Oktober 2012, OZ 10, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit 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 der Auftraggeberin die Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Damit müsste die Auftraggeberin das Vergabeverfahren fortsetzen, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht käme, 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 Erklärung des Widerrufs 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 (zB BVA 4. 7. 2012, N/0050- BVA/08/2012-EV25). 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 der Auftraggeberin die Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Damit müsste die Auftraggeberin das Vergabeverfahren fortsetzen, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht käme, 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 Erklärung des Widerrufs 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 (zB BVA 4. 7. 2012, N/0050- BVA/08/2012-EV25).

Die Interessen der Antragstellerin bestehen zusammengefasst im Erhalt des Auftrags, um neben dem drohenden finanziellen Schaden insbesondere ihre Produktionskapazitäten auszulasten und ein wesentliches Referenzprojekt zu erhalten.

Der Auftraggeber spricht sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, macht jedoch die Aussichtslosigkeit des Nachprüfungsantrags 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).

Zum Einwand der Chancenlosigkeit des Nachprüfungsantrags im Hinblick auf die Festlegung in Punkt E der Ausschreibung ist festzuhalten, dass dies einerseits derzeit vom Bundesvergabeamt mangels Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens noch nicht beurteilt werden kann, andererseits nach der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Nachprüfungsverfahren unter Umständen die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Überprüfung der Schätzung des Auftragswertes durch die Auftraggeberin geboten sein kann (VwGH 25. 9. 2012, 2008/04/0054).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen der Auftraggeberin gegenüber, ergibt sich, dass 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 die Antragstellerin ermöglicht. Bei beabsichtigter Erklärung des Widderrufs durch die Auftraggeberin ist dies dessen 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 (zB BVA 6. 8. 2012, N/0075-BVA/05/2012-EV8).

Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von sechs Wochen. Die Dauer der anzuordnenden Maßnahme ist kein notwendiger Bestandteil des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 2 BVergG. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Bestimmung der Dauer der vorläufigen Maßnahme, ohne dabei jedoch von einer Bindung an das Antragsvorbringen auszugehen, zumal das Bundesvergabeamt auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen. Vielmehr legt § 329 Abs 4 BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde (BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19). 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. 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). Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von sechs Wochen. Die Dauer der anzuordnenden Maßnahme ist kein notwendiger Bestandteil des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Bestimmung der Dauer der vorläufigen Maßnahme, ohne dabei jedoch von einer Bindung an das Antragsvorbringen auszugehen, zumal das Bundesvergabeamt auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen. Vielmehr legt Paragraph 329, Absatz 4, BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde (BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19). 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. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabesachverständigen 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; Dauer der Maßnahme;

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

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