

TE Verg Bescheid 2012/9/25 N/0086-BVA/09/2012-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.09.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S16 Arlberg Schnellstraße; A12 Inntal Autobahn; A13 Brenner Autobahn - Leitschienen Sicherheitsausbau 2012" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, vertreten durch die ASFINAG Alpenstraßen GmbH, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 18. September 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S16 Arlberg Schnellstraße; A12 Inntal Autobahn; A13 Brenner

Autobahn - Leitschienen Sicherheitsausbau 2012" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, vertreten durch die ASFINAG Alpenstraßen GmbH, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 18. September 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag zu Punkt b), "Der Auftraggeberin möge untersagt werden, bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über die allfällige Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 11.9.2012 der B*** den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "S16 Arlberg Schnellstraße; A12 Inntal Autobahn; A13 Brenner Autobahn - Leitschienen Sicherheitsausbau 2012" der B*** den Zuschlag zu erteilen.

Die Anträge zu Punkt a) werden abgewiesen.

Den Eventualanträgen zu Punkt a) wird keine Folge gegeben.

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

Begründung

Die A***, vertreten X***, (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 18. September 2012 u.a. einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Daneben stellte die Antragstellerin weitere Anträge bzw Eventualanträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (siehe hiezu unten). Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 18. September 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die ASFINAG Alpenstraßen GmbH als ausschreibende Stelle im Namen und im Auftrag der ASFINAG eine Ausschreibung für die Lieferung und Montage von Stahlleitschienen durchführe. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren zur Vergabe gelangen solle. Das Ende der Angebotsfrist sei zunächst mit 22. August 2012 festgesetzt gewesen.

Ziel und Zweckbestimmung des Vorhabens sei ein bestmöglicher Schutz der Verkehrsteilnehmer bei Unfällen. Genau diesem Ziel würden die ÖNORM ENV 1317, die RVS 05.02.31 und die RVS 08.23.05. dienen. Diese Vorschriften würden gewährleisten, dass nur solche Systeme zum Einsatz kommen würden, die strengste Kriterien der Sicherheit und Dauerhaftigkeit erfüllen würden. Das BMVIT habe daher Einsatzfreigabelisten erstellt, die taxativ angeben würden, welche Systeme welcher Hersteller die erforderlichen Kriterien erfüllen würden und daher von der öffentlichen Hand eingesetzt werden dürften. In dieser Liste seien neben zahlreichen anderen Anbietern auch die von der Antragstellerin angebotenen Produkte vermerkt, welche auch Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung seien bzw. die Ausschreibungskriterien erfüllen würden.

Von BMVIT und ASFINAG sei im Jahr 2008 eine Studie "Sicherheitsbeurteilung der Anfangselemente von Leitschienen und Betonleitwänden" in Auftrag gegeben worden, die unter anderem zum Ergebnis gelangt sei, dass ein Lückenschluss bei Unterbrechungen der Leiteinrichtungen von bis zu 200m vorzunehmen sei und Verziehungen und die Integrierung von Einschnittböschungen auszuführen seien bzw. in Bereichen, wo ein Verziehen nicht möglich sei und entsprechend hohe Kollisionsgeschwindigkeiten beim Anprall zu erwarten seien, die Beginnelemente mit energieabsorbierenden Terminals zu sichern seien. Der Beginn eines Leitschienensystems sei also in der Weise zu gestalten, dass das Leitschienensystem zunächst in einem größeren Abstand vom Fahrbahnrand beginne und schräg verlaufend zum bestehenden Leitschienensystem geführt werde. Wo dies nicht möglich sei, müssten Anpralldämpfer (Terminals) montiert werden. Herkömmliche Absenkungen von Leitschienen würden dazu führen, dass auffahrende Fahrzeuge in die Luft geschleudert würden. Bemerkenswert sei, dass in dieser Studie - der EN 1317 entsprechend - ebenfalls kein Systemwechsel vorgesehen sei. Auch die RVS 05.02.31 bestimme in Pkt. 4.2.3.3, dass Systemwechsel und damit verbundene Übergangskonstruktionen zu vermeiden seien.

In der Ausschreibung sei Folgendes vorgesehen: Die letztgültige RVS 05.02.31 und die ÖNORM ENV 1317 sind zwingend einzuhalten. Weiters sei in der Ausschreibung festgelegt, dass Lückenschlüsse, Verziehungen, Ergänzungen und

dergleichen mit dem vor Ort anzutreffenden System zu erfolgen hätte. Lückenschlüsse (L? 150m) seien mit dem anschließenden System der niedrigeren Aufhaltestufe auszuführen. Es sei jedoch mindestens die Rückhaltestufe H2 zu versetzen und es müsste zumindest die Prüflänge der Rückhalteklasse gegeben sein. Systemübergänge seien zu vermeiden. Vorausgesetzt sei, dass das vorhandene System eine aktuelle Freigabe durch das BMVIT und das geforderte Leistungsvermögen aufweise. Es dürften nur geprüfte und vom BMVIT freigegebene Systeme verwendet werden. In der ÖNORM EN 1317 sei Folgendes geregelt: Übergangskonstruktionen verbinden FRS unterschiedlicher Bauart und/oder Funktionsweise. Systemwechsel und damit verbundene Übergangskonstruktionen sind möglichst zu vermeiden.

Systemwechsel würden sich naturgemäß dann ergeben, wenn bereits vor und nach einer Lücke Systeme verschiedener Art bzw. Funktionen bestehen würden. Überall dort, wo gleiche Systeme an beiden Seiten einer Lücke bestünden, bedürfe es daher auch keiner Systemübergänge. Es dürften auch am Beginn und am Ende eines Systems keine Systemwechsel vorgesehen werden, zumal in der EN 1317 keine Prüfungen mit Systemwechsel vorgesehen seien. Nach den vorgenannten Bestimmungen dürften diese daher in diesen Fällen nicht vorgenommen werden. Der Auftraggeber dürfe andere Systeme weder in der Ausschreibung zulassen noch diese beauftragen.

Der Auftraggeber habe nun entgegen obiger Bestimmungen, die er selbst in der Ausschreibung als zwingend normiert habe, die Entscheidung getroffen, den Zuschlag der B*** erteilen zu wollen. Diese Bieterin verwende jedoch Systeme, die in erheblichen Bereichen die Ausschreibungsbestimmungen verletzen würden.

Damit verstoße der Auftraggeber mit seiner Ausschreibung gegen die elementaren Sicherheitsgebote für die Ausstattung der Straßen mit Rückhaltesystemen. Die Ausschreibung sehe in Position 230101H des LV von insgesamt ca. 52 Standorten ca. 37 Stellen vor, die alle mit bestehenden Stahlleitschienen-Systemen zu schließen oder zu verlängern (=Verzüge) seien. Der präsumtive Zuschlagsempfänger biete jedoch Fremdsysteme an, nämlich andere als jene vor Ort bestehenden Systeme der M***. Nach den Informationen der Antragstellerin habe der präsumtive Zuschlagsempfänger bei den Herstellern weder für die anzuschließenden Leitschienen-Systeme noch für die ausgeschriebenen nicht-rückleitenden Anpralldämpfer Preisangebotsanfragen vorgenommen. Demzufolge sei davon auszugehen, dass Fremdsysteme angeboten worden seien. Für die vorgenannten Produkte gebe es jeweils nur einen Hersteller.

Der Auftraggeber hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher ausscheiden müssen.

Die Antragstellerin habe frist- und formgerecht ein konkurrenzfähiges Angebot gelegt. Sie sei an dritter Stelle gereiht. Die beiden vorgereichten Angebote wären auszuschneiden gewesen. Der zweitgereichte Bieter etwa habe mit seinem Angebot kein ausgepreistes Leistungsverzeichnis vorgelegt. Bei rechtmäßiger Vorgangsweise des Auftraggebers wäre dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen gewesen.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Sie habe in Österreich bereits zahlreiche Straßen erfolgreich mit Systemen ausgestattet. Sie verfüge über Spezialisten, die technisch hochwertigsten Produkte, insbesondere auch über die in der Ausschreibung zur Vermeidung von Systemwechseln notwendigen Systeme und die in der Ausschreibung geforderten Anpralldämpfer. Diese würden sowohl den innerstaatlichen als auch den europäischen Normen entsprechen. Dies sei mit einem hohen finanziellen Aufwand verbunden.

Falls die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten sollte, drohe ihr ein erheblicher finanzieller Schaden. Gewinn und Deckungsbeitrag könnten nicht lukriert werden. Bei Nichterhalt des Auftrags drohe auch eine Unterauslastung der Ressourcen. Auch die Kosten der Angebotslegung wären frustriert. Kosten für die Rechtsberatung seien bereits angelaufen. Auch würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Entscheidung, dass der B*** der Zuschlag erteilt werden solle, obwohl diese ein Angebot gelegt habe, welches den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche und fehlerhaft oder unvollständig sei, in ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren, insbesondere auf Gleichbehandlung der Bieter sowie in ihrem Recht darauf, dass kein Bieter den Zuschlag erhalten dürfe, dessen Angebot gegen die Grundprinzipien des BVergG verstoße und dessen Angebotsausführung die Sicherheit von Personen und Sachen gefährde, sondern das auszuschneiden sei, verletzt.

Weiters erachte sich die Antragstellerin in diesen Rechten dadurch verletzt, dass die C*** nicht ausgeschieden worden sei, obwohl sie ein Angebot gelegt habe, welches den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche und das fehlerhaft bzw unvollständig sei, da sie kein LV gelegt habe.

Die rechtswidrige Unterlassung des Ausscheidens von Angeboten könne mit der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden. Da mit dieser Entscheidung auch über das Nichtausscheiden von zwei vorgereichten Bietern abgesprochen worden sei, fechte die Antragstellerin vorsichtshalber auch das Nichtausscheiden der C*** an. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidungen sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger biete keine Systeme an, die den als zwingend vorgesehenen Kriterien der ENV 1317 und der RVS bei Anschlüssen entsprechen würden, da sie in den entscheidenden Bereichen nicht die bereits vor Ort vorhandenen Systeme der M*** weiterführen, sondern Systemwechsel vornehmen würden. Die Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig.

Die C*** habe es unterlassen, ein LV zu legen. Ihr Angebot sei damit unvollständig bzw. fehlerhaft gewesen und hätte daher ebenso ausgeschieden werden müssen. Bei Ausscheiden der beiden vorgereichten Angebote wäre der Zuschlag an die Antragstellerin zu erteilen gewesen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde.

Die Interessen der Antragstellerin am Erhalt des Auftrages würden die Interessen des Auftraggebers bei weitem überwiegen. Die Ausschreibung ergebe keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine umgehende Fortführung des Vergabeverfahrens notwendig wäre. Auch stünden der Erlassung der einstweiligen Verfügung keine öffentlichen Interessen entgegen. Ganz im Gegenteil, gerade die oben aufgezeigten besonderen Anforderungen an das ausgeschriebene Produkt würden primär dem Schutz des Lebens und der körperlichen Sicherheit der Verkehrsteilnehmer sowie der möglichst geringen Beeinträchtigung von Sachgütern dienen.

Mit Schriftsatz vom 19. September 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), welche die ASFINAG Alpenstraßen GmbH, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, im Sinne des § 1007 ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe, das Vorhaben im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Mit Schriftsatz vom 19. September 2012 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), welche die ASFINAG Alpenstraßen GmbH, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, im Sinne des Paragraph 1007, ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe, das Vorhaben im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln.

Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle.

Der Auftrag sei am 3.8.2012 im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote sei am 22.8.2012 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an dritter Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro XXXX netto. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers belaufe sich auf Euro XXXX ohne USt. Die Angebotssumme des zweitgereichten Bieters belaufe sich auf Euro XXXX ohne USt. Die Öffnung der Angebote sei am 22.8.2012 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an dritter Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro römisch 40 netto. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers belaufe sich auf Euro römisch 40 ohne USt. Die Angebotssumme des zweitgereichten Bieters belaufe sich auf Euro römisch 40 ohne USt.

Der Auftraggeber habe die Zuschlagsentscheidung sämtlichen Bietern am 11.9.2012 über die elektronische Vergabeplattform bekannt gegeben.

Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstattete der Auftraggeber kein Vorbringen.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Unterschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 11.9.2012 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 18.9.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. 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 Bundesvergabebeamten über eine allfällige Nichtigserklärung 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 leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigserklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigserklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

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 der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Zur Interessensabwägung:

Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29).

Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen

droht bzw entsteht (vgl auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VfGH genügenden Art und Weise dargetan. Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht vergleiche auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VfGH genügenden Art und Weise dargetan.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ist bereits aus der Tatsache ableitbar, dass sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, ein Angebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Auch ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Auch ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Die Anträge unter Punkt a) "Das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin vom 11.9.2012 (Beilage ./D), den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** zu erteilen (in eventu: die Entscheidung laut Schreiben der Auftraggeberin vom 11.9.2012 (Beilage ./D), den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** erteilen zu wollen) bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die allfällige Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vorübergehend aussetzen", waren abzuweisen.

Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war nach der Rechtslage vor der Novelle 2009 zum BVergG notwendig, um eine Zuschlagserteilung zu verhindern, da das BVergG keine Nichtigkeit als Konsequenz eines entgegen einem Zuschlagsverbot in einer einstweiligen Verfügung erteilten Zuschlages vorsah. § 329 Abs 2 BVergG idGF sieht nunmehr die Unwirksamkeit (absolute Nichtigkeit) eines entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilten Zuschlages ausdrücklich vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich und damit nicht das gelindeste gerade noch zum Ziel führende Mittel iSd § 329 Abs 3 BVergG (vgl etwa BVA 29. 3. 2011, N/0021-BVA/10/2011-EV11). Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war nach der Rechtslage vor der Novelle 2009 zum BVergG notwendig, um eine Zuschlagserteilung zu verhindern, da das BVergG keine Nichtigkeit als Konsequenz eines entgegen einem

Zuschlagsverbot in einer einstweiligen Verfügung erteilten Zuschlages vorsah. Paragraph 329, Absatz 2, BVergG idGF sieht nunmehr die Unwirksamkeit (absolute Nichtigkeit) eines entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilten Zuschlages ausdrücklich vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich und damit nicht das gelindeste gerade noch zum Ziel führende Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG vergleiche etwa BVA 29. 3. 2011, N/0021-BVA/10/2011-EV11).

Den unter Punkt a) gestellten Eventualanträgen "Das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin laut Schreiben vom 11.9.2012 (Beilage ./D), die B*** nicht auszuschneiden und den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** zu erteilen [in eventu: die Entscheidung laut Schreiben der Auftraggeberin vom 11.9.2012 (Beilage ./D), den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** erteilen zu wollen], bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die allfällige Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorübergehend aussetzen", war keine Folge zu geben.

Eine "nicht getroffene Entscheidung", als solche nicht nach außen in Erscheinung getretene Entscheidung des Auftraggebers, ist als nicht existent anzusehen und damit einer Sicherungsmaßnahme (hier: der Aussetzung) nicht zugänglich.

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 jedoch 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 durch das Gesetz mit dieser Dauer begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Festlegung der Zeitdauer nicht belastet, da die gesetzliche Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes dadurch 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 datumsmäßig festgesetzten 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). 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 jedoch 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 durch das Gesetz mit dieser Dauer begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Festlegung der Zeitdauer nicht belastet, da die gesetzliche Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes dadurch 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 datumsmäßig festgesetzten 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).

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2012

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