

TE Verg Bescheid 2012/8/9 N/0076-BVA/13/2012-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.08.2012

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 gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 3. August 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 3. August 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 329 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, in welcher der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren „S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA“ die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, in welcher der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren „S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA“ die Erteilung des Zuschlags untersagt wird", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des zur Zahl N/0076- BVA/13/2012 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren "S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA" den Zuschlag zu erteilen.

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

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 3. August 2012 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Gebührenersatz, Akteneinsicht sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Darüber hinaus stellte sie folgenden Antrag auf Nichtigerklärung:

"Das Bundesvergabeamt möge

* die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 25.7.2012 im Vergabeverfahren ,S 36 Murtal Schnellstraße, St. Georgen o. Judenburg - Scheiflinger Ofen (TA2), ÖBA' für nichtig erklären;"

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Die Auftraggeberin habe die örtliche Bauaufsicht betreffend die Anpassung der S 36 Murtal Schnellstraße, Projektteilabschnitt 2, St. Georgen o. Judenburg bis Scheiflinger Ofen, ausgeschrieben. In der EUweiten Bekanntmachung GZ 2012/S 79-129940 werde das Verfahren als offenes Verfahren bezeichnet, dagegen werde in der Angebotsunterlage bzw im Angebotsdeckblatt die Verfahrensart "Offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung" festgelegt. Während in der EU-weiten Bekanntmachung sowie in der Bekanntmachung einer Berichtigung als Auftraggeberin die ASFINAG Bau Management GmbH genannt werde, werde in den Angebotsunterlagen die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) als Auftraggeberin und die ASFINAG Bau Management GmbH als vergebende Stelle bezeichnet. Somit habe ein Auftraggeberwechsel stattgefunden, gegen den kein Einwand erhoben worden sei (BVA vom 26. August 2005, 16N-74/05-41). Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwabenbereich, welcher nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Sowohl der Preis als auch die Qualität werde mit jeweils 50% gewichtet. Das Zuschlagskriterium "Qualität" werde in die drei Subqualitätskriterien Referenzen, Personalentwicklung und Mindestpersonaleinsatz aufgeteilt, wobei für die beiden erstgenannten Subkriterien wiederum eine Vielzahl von Untergliederungen mit entsprechender Bepunktung vorgesehen werde. Hinsichtlich der "Erstellung der Preise" sei unter Punkt 1.1.14.D.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen festgelegt worden, dass bei der Kalkulation der Positionspreise zu berücksichtigen sei, dass im Preis der jeweiligen Position alle dieser Position üblicherweise direkt zuordenbaren Kosten enthalten sein müssen.

Angefochten werde die mit elektronischer Mitteilung vom 25.7.2012 mitgeteilte Zuschlagsentscheidung zugunsten der "B***".

Zu den Rechtswidrigkeiten führte die Antragstellerin konkretisierend aus: Es liege die Vermutung nahe, dass der Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wie auch der zweitgereihten Bieter betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar sei. Die Antragstellerin habe ein äußerst knapp kalkuliertes Angebot gelegt. Dennoch liege der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um rund 39% und jener der zweitgereihten Bieterin um rund 20% unter dem Angebotspreis der Antragstellerin. Der geschätzte Auftragswert von € 2.097.880,- liege deutlich über den Angebotspreisen der erstgereihten Bieter.

Im Hinblick auf die kollektivvertraglichen Pflichten und die genauen Vorgaben an die Qualität des Schlüsselpersonals sei ein Unterbieten bei den Monatspauschalen der Schlüsselpersonen eher unwahrscheinlich. In diesem Zusammenhang sei auch festzuhalten, dass erfahrene Mitarbeiter regelmäßig mehr kosten als unerfahrene. Ein Mehr an Erfahrung des Schlüsselpersonals sei im Rahmen der Qualitätskriterien mit entsprechend höheren Qualitätspunkten festgelegt, sodass die offengelegten Gesamtpreise betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar erscheinen. Eine erste bzw "grobe" Plausibilitätsprüfung könne bereits anhand von wenigen aussagekräftigen Leistungspositionen im Hinblick auf die Mannmonate erfolgen. So seien etwa unter der Leistungsposition 1.7/1. für den Einsatzgrad vor Ort für den Gesamtleiter ÖBA 50%, für den Leiter ÖBA Freie Strecke 60% und für den Leiter ÖBA Betonbau 80% von der Auftraggeberin vorgegeben. Demgemäß ergebe sich für diese Position ein vorgegebener "Durchschnitts"-Einsatzgrad vor Ort von 1,9 Mann je Monat (dies entspreche der Summe von 50%, 60% und 80% bzw 0,5, 0,6 und 0,8). Sihin seien unter Berücksichtigung der in dieser Position geforderten Leistungsdauer von 77 Monaten zwingend 146,3 Mannmonate vor Ort des Schlüsselpersonals - alleine - in der Leistungsposition 1.7/1. anzubieten bzw zu kalkulieren.

Ein denkbarere Erklärungsansatz für die geringen Gesamtangebotspreise sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die zweitgereichte Bieterin allenfalls zu optimistische Ansätze für vor Ort Leistungsstunden bzw Mannstunden angenommen haben.

Dem Angebotsöffnungsprotokoll sei zu entnehmen, dass die Auftraggeberin für das gesamte Leistungsbild die Mannstunden mit 190,4 Mannmonaten geschätzt habe. Festzuhalten sei, dass die Beilage zum Angebotsöffnungsprotokoll und der Inhalt des Angebotsöffnungsprotokolls nicht in Einklang zu bringen seien. Aufgrund dieser Unklarheiten werde vermutet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin 179,8 Mannstunden angeboten habe. Wie viele Mannmonate die zweitgereichte Bieterin angeboten habe, bleibe unklar. Die Antragstellerin habe 256,1 Mannmonate angeboten.

Die aufgezeigten Unterpreise ließen sich aber auch durch unzulässige Preisverschiebungen oder Spekulationen erklären. Diese könnten darin liegen, dass der Angebotsersteller von einer wesentlich geringeren tatsächlichen vor Ort Leistung und Mannstunden oder von der Verschiebung von Leistungen innerhalb der Mitarbeiter ausgegangen sei.

Derartige Preisgestaltungen wären sohin nach ständiger Rechtsprechung nach entsprechender vertiefter Angebotsprüfung mit einer Ausscheidensentscheidung zu sanktionieren.

Darüber hinaus entspreche die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht den zwingenden Erfordernissen des § 131 BVergG. Die Bestbieterermittlung gründe sich im wesentlichen Ausmaß auf drei Qualitätskriterien und deren zahlreiche Qualitätssubkriterien. Die Auftraggeberin habe aber im Zusammenhang mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich die erzielten Punkte in Form einer "Grobübersicht-Tabelle" ohne verbale Begründung der Bewertung bekannt gegeben. Es sei daher nicht möglich, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist bzw zum Zeitpunkt der Kenntnis der Zuschlagsentscheidung die Ausschreibungskonformität der Zuschlagsentscheidung zu überprüfen. Auch habe es die Auftraggeberin unterlassen, das Ende der Stillhaltefrist bekannt zu geben. Darüber hinaus entspreche die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht den zwingenden Erfordernissen des Paragraph 131, BVergG. Die Bestbieterermittlung gründe sich im wesentlichen Ausmaß auf drei Qualitätskriterien und deren zahlreiche Qualitätssubkriterien. Die Auftraggeberin habe aber im Zusammenhang mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich die erzielten Punkte in Form einer "Grobübersicht-Tabelle" ohne verbale Begründung der Bewertung bekannt gegeben. Es sei daher nicht möglich, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist bzw zum Zeitpunkt der Kenntnis der Zuschlagsentscheidung die Ausschreibungskonformität der Zuschlagsentscheidung zu überprüfen. Auch habe es die Auftraggeberin unterlassen, das Ende der Stillhaltefrist bekannt zu geben.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich aus dem Umstand, dass die ausgeschriebenen Leistungen einen wesentlichen Geschäftszweig der Antragstellerin darstellen und sich die Antragstellerin demzufolge am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt habe. Es drohe ein Schaden in Höhe des Entganges eines angemessenen Gewinns, der bisher angelaufenen Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstiger mit der Verfahrensteilnahme verbundener Kosten samt Pauschalgebühren sowie in Gestalt des Verlustes eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und insbesondere in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung der Angebote, auf vertiefte Angebotsprüfung, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, insbesondere auch auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf ihr Angebot und auf Zuschlagserteilung verletzt.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme unumkehrbare Tatsachen geschaffen würden, welche mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Antragstellerin wäre im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen, was dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits widerstreite. Es seien keine besonderen Interessen (des Auftraggebers) gegeben, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Im Rahmen der angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren wurde als Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) und als vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH bezeichnet. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden

Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 71520000). Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG sei ein offenes Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 25. Juli 2012 über die elektronische Vergabepattform ava-online an alle Bieter versendet worden. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet. Im Rahmen der angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren wurde als Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) und als vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH bezeichnet. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 71520000). Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG sei ein offenes Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 25. Juli 2012 über die elektronische Vergabepattform ava-online an alle Bieter versendet worden. Weder sei der Zuschlag erteilt worden noch sei ein Widerruf erfolgt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

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

Die gegenständliche Leistung wurde im April 2012 in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-506330-2419; Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2012/S 79-129940; Angaben der Auftraggeberin OZ 5). Leistungsgegenstand ist die Durchführung der örtlichen Bauaufsicht betreffend den 2. Teilabschnitt der S 36 - Murtal Schnellstraße zwischen St. Georgen o. Judenburg und dem Scheiflinger Ofen (CPV-Code 71520000). Der geschätzte Auftragswert beträgt den Angaben der Auftraggeberin zufolge € 2.097.880,00. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 6. Juni 2012.

Am 25. Juli 2012 übermittelte die Auftraggeberin allen Bietern über die elektronische Vergabepattform ava-online die Zuschlagsentscheidung zugunsten der "B****".

Am 3. August 2012 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Anzuwendendes Recht römisch eins. Anzuwendendes Recht

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) wurde mit Bundesgesetz BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle 2012 sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs 1 und 2, 55 Abs 2 bis 6, 216 Abs 1 und 2 und 219 Abs 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten (§ 345 Abs 15 BVergG). Für das vorliegend im April 2012 eingeleitete Vergabeverfahren und das nunmehrige Vergabekontrollverfahren kommen demnach die novellierten Bestimmungen des BVergG zur Anwendung. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) wurde mit Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16. Februar 2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle 2012 sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. April 2012, in Kraft getreten (Paragraph 345, Absatz 15, BVergG). Für das vorliegend im April 2012 eingeleitete Vergabeverfahren und das nunmehrige Vergabekontrollverfahren kommen demnach die novellierten Bestimmungen des BVergG zur Anwendung.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wird - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - angenommen, dass Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG (CPV-Code 71520000). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem

relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist. Im Rahmen des Provisorialverfahrens wird - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - angenommen, dass Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 14. Juni 2012, N/0048-BVA/03/2012-23). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 71520000). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist.

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

Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Demnach wurde bislang weder der Zuschlag erteilt noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist. Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Demnach wurde bislang weder der Zuschlag erteilt noch wurde das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig ist.

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

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin am 25. Juli 2012 über die elektronische Vergabeplattform ava-online bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs 1 BVA-GebV 2012). Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin am 25. Juli 2012 über die elektronische Vergabeplattform ava-online bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz eins, BVA-GebV 2012).

III. Inhaltliche Beurteilung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung

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

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 25. Juli 2012 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum

Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

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

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

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

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen war. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war.

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

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>