

TE Verg Bescheid 2012/6/28 N/0064-BVA/06/2012-9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.06.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitii
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2
BVergG 2006 §16 Abs4
BVergG 2006 §16 Abs5
BVergG 2006 §25 Abs7
BVergG 2006 §32
BVergG 2006 §131
BVergG 2006 §150
BVergG 2006 §151
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §318 Abs1 Z1
BVergG 2006 §318 Abs1 Z4
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs2
BVergG 2006 §328 Abs3
BVergG 2006 §328 Abs4
BVergG 2006 §329 Abs1
BVergG 2006 §329 Abs3
BVergG 2006 §329 Abs4
BVergG 2006 §345 Abs15 Z1
BVergG 2006 §345 Abs15 Z3
B-VG Art14b Abs2 Z1 litc
BVA GebV 2012 §1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 16 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 32 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 150 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 151 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 151 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Reinigung von Benzinabscheider- und Gewässerschutzanlagen 2012" der Auftraggeberin ASFINAG Service GmbH, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, aufgrund des Antrages der B***, vertreten durch Dr. X***, Rechtsanwalt, vom 21. Juni 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Reinigung von Benzinabscheider- und Gewässerschutzanlagen 2012" der Auftraggeberin ASFINAG Service GmbH, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, aufgrund des Antrages der B***, vertreten durch Dr. X***, Rechtsanwalt, vom 21. Juni 2012, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge unverzüglich zu dem in Abschnitt I bezeichneten Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, die Rahmenvereinbarung über die 'Reinigung von Benzinabscheideranlagen und Gewässerschutzanlagen in Kärnten, Salzburg und Steiermark' hinsichtlich der Lose A, B und C abzuschließen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge unverzüglich zu dem in Abschnitt römisch eins bezeichneten Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, die Rahmenvereinbarung über die 'Reinigung von Benzinabscheideranlagen und Gewässerschutzanlagen in Kärnten, Salzburg und Steiermark' hinsichtlich der Lose A, B und C abzuschließen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin, ASFINAG Service GmbH, wird für die Dauer des zur Zahl N/0064-BVA/06/2012 geführten Nachprüfungsverfahrens untersagt, im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren "Reinigung von Benzinabscheider- und Gewässerschutzanlagen 2012" die Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose A, B und C abzuschließen.

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

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 21. Juni 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 BVA möge ...

b) die Entscheidung der Auftraggeberin, die Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose A, B und C abzuschließen (von der Auftraggeberin als Zuschlagsentscheidung bezeichnet) für nichtig erklären;"

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Das gegenständliche Vergabeverfahren sei von der Auftraggeberin, der ASFINAG Service GmbH, als offenes Verfahren zum Zwecke des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer über die Reinigung von Benzinabscheider- und Gewässerschutzanlagen in Kärnten, Salzburg und der Steiermark bezeichnet und als Dienstleistungsauftrag (Dienstleistungskategorie 16 gemäß Anhang II zum BVergG) im Oberschwellenbereich im Amtsblatt der EU unter der Zahl 2012/S36-58279 am 22. Februar 2012 bekannt gemacht worden. Die Vergabe erfolge in 5 Losen. Die Rahmenvereinbarung soll für die Dauer von einem Jahr ab Auftragserteilung mit der Möglichkeit der zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Sowohl in der Bekanntmachung als auch in den Besonderen

Ausschreibungsunterlagen werde als Zuschlagskriterium der niedrigste Preis angeführt. Das Ende der Angebotsfrist sei nach Berichtigung der Ausschreibung mit 10. April 2012, 13.00 Uhr festgelegt worden, zu welchem Zeitpunkt auch die Öffnung der Angebote erfolgt sei. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus: Das gegenständliche Vergabeverfahren sei von der Auftraggeberin, der ASFINAG Service GmbH, als offenes Verfahren zum Zwecke des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer über die Reinigung von Benzinabscheider- und Gewässerschutzanlagen in Kärnten, Salzburg und der Steiermark bezeichnet und als Dienstleistungsauftrag (Dienstleistungskategorie 16 gemäß Anhang römisch zwei zum BVerG) im Oberschwellenbereich im Amtsblatt der EU unter der Zahl 2012/S36-58279 am 22. Februar 2012 bekannt gemacht worden. Die Vergabe erfolge in 5 Losen. Die Rahmenvereinbarung soll für die Dauer von einem Jahr ab Auftragserteilung mit der Möglichkeit der zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Sowohl in der Bekanntmachung als auch in den Besonderen Ausschreibungsunterlagen werde als Zuschlagskriterium der niedrigste Preis angeführt. Das Ende der Angebotsfrist sei nach Berichtigung der Ausschreibung mit 10. April 2012, 13.00 Uhr festgelegt worden, zu welchem Zeitpunkt auch die Öffnung der Angebote erfolgt sei.

Die Antragstellerin habe hinsichtlich aller Lose fristgerecht ein äußerst kompetitives Angebot gelegt. Sie erfülle alle in Punkt

1.1.22. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen und in Punkt

1.2.1. der Besonderen Ausschreibungsbestimmungen festgelegten Eignungskriterien.

Angefochten werde die von der Auftraggeberin mittels Telefax am 12. Juni 2012 bekannt gegebene, als "Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVerG" bezeichnete Entscheidung, dass beabsichtigt sei, der B*** hinsichtlich der Lose A, B und C den Zuschlag erteilen zu wollen. Dabei handle es sich richtigerweise um die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (§ 2 Z 16 lit a sublit ii BVerG). Jedenfalls richte sich der Nachprüfungsantrag gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii oder sublit aa BVerG. Angefochten werde die von der Auftraggeberin mittels Telefax am 12. Juni 2012 bekannt gegebene, als "Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVerG" bezeichnete Entscheidung, dass beabsichtigt sei, der B*** hinsichtlich der Lose A, B und C den Zuschlag erteilen zu wollen. Dabei handle es sich richtigerweise um die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sublit ii BVerG). Jedenfalls richte sich der Nachprüfungsantrag gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, oder Sub-Litera, a, a, BVerG.

Konkretisierend führte die Antragstellerin zu den Rechtswidrigkeiten aus: Einerseits mangle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der für die Leistungserbringung nötigen Befugnis. Gemäß Punkt

1.1.22.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen hätten die Teilnehmer am Vergabeverfahren nachzuweisen, dass sie nach Maßgabe der Vorschriften ihres Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Dienstleistung erforderliche Berechtigung besitzen. Neben einer entsprechenden gewerberechtlichen Befugnis sei für die verfahrensgegenständliche Dienstleistung insbesondere auch eine abfallwirtschaftliche Sammler- und Behandlererlaubnis erforderlich, welche sämtliche zu sammelnden und behandelnden (entsorgenden) Stoffe erfasse.

Gemäß Punkt 3.2.1.10. der Leistungsbeschreibung sowie Position 5 des Leistungsverzeichnisses zu den Losen A, B und C habe der Auftragnehmer die Ölabscheiderinhalte (Schlüssel Nr. 54702), Kanalräumgut (Schlüssel Nr. 94702) und Sandfanginhalte (Schlüssel Nr. 54701 und 94704) nach Ö- Norm S 2100 fachgerecht zu entsorgen.

Gemäß dem Elektronischen Datenmanagement (EDM) des Lebensministeriums verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin weder über eine Berechtigung zur Sammlung oder Behandlung von Stoffen mit der Schlüssel Nr. 94702 noch über eine solche betreffend Stoffe mit der Schlüssel Nr. 94704. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei daher selbst nicht zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen befugt.

Nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin aber offenbar auch keines Subunternehmers bedient, um ihre fehlende Befugnis zu substituieren. Gemäß Punkt 1.1.10. der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen hätten die Teilnehmer am Vergabeverfahren mit Abgabe des Angebotes die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen dann bekannt zu geben gehabt, wenn es sich bei den Subaufträgen um wesentliche Teile des Auftrages handle; dies ausdrücklich unter sonstiger Ausscheidenssanktion. Auftragsteile seien dieser Bestimmung zufolge dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Eignung

(insbesondere Befugnis, Leistungsfähigkeit) verfüge und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft mache. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hätte für diese Leistungsteile die ausführenden Subunternehmer folglich zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt Subunternehmerverzeichnis) vollständig anzuführen gehabt.

Weiters habe nach Informationen der Antragstellerin kein Betreiber einer über die entsprechenden behördlichen Genehmigungen verfügenden Anlage in einem - im Hinblick auf den äußerst niedrigen Preis - wirtschaftlich vertretbaren räumlichen Umkreis eine Subunternehmererklärung zugunsten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin abgegeben.

Andererseits erweise sich die angefochtene Entscheidung auch mangels technischer Leistungsfähigkeit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin als rechtswidrig. Gemäß Punkt 3.2.1.8. der Leistungsbeschreibung seien die Inhalte der Gewässerschutzanlagen, Ölabscheiderinhalte und Sandfanginhalte (Schlüssel Nr. 54702 und 54701) nach Ö-Norm S 2100 auszusaugen und gemäß den gesetzlichen Auflagen fachgerecht zu entsorgen. Die Wasserinhalte wären im Bedarfsfall zu verführen. Weiters bestehe die Möglichkeit dass die Auftraggeberin Stoffe der Schlüssel Nr. 54701, 94704 und 94702 an den Auftragnehmer zur fachgerechten Entsorgung liefere.

Nach Informationen der Antragstellerin verfüge die präsuntive Zuschlagsempfängerin selbst über keine Anlage, in welcher die anfallenden Stoffe der genannten Schlüssel Nr. fachgerecht entsorgt werden könnten. Überdies verfüge sie über keinen ausreichend großen Fuhrpark, um die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen tatsächlich auszuführen. Auch habe sich die präsuntive Zuschlagsempfängerin keines Subunternehmers bedient.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre sohin mangels Eignung auszuschneiden gewesen. Dies hätte der Auftraggeberin bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung auffallen müssen, weswegen sich die vorliegende Auftraggeberentscheidung als rechtswidrig erweise.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe sich aus dem Umstand, dass diese im Geschäftsbereich der Abfallentsorgung und -verwertung umfassend tätig sei und in diesem Zusammenhang spezialisierte Entsorgungslösungen, wie beispielsweise jene der gegenständlichen Ausschreibung, anbiete und erbringe. Die Antragstellerin lege ihr Interesse am Vertragsschluss auch durch Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrages dar. Es drohe ein Schaden in Höhe des Gewinnentganges in branchenüblicher Höhe, der bisher angelaufenen Kosten der anwaltlichen Vertretung und der entrichteten Pauschalgebühren sowie in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten und dem lauterem und freien Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Ausscheiden mangels Vorliegen der Eignung nicht ausschreibungskonformer Angebote, auf Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten bzw Bekanntgabe der Entscheidung, mit ihr die Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose A, B und C zu schließen, auf Abschluss einer entsprechenden Rahmenvereinbarung hinsichtlich der Lose A, B und C mit der Auftraggeberin nur nach Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens sowie letztlich auf Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose A, B und C hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen nach Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

Zu der beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass ohne entsprechende Sicherungsmaßnahme unumkehrbare Tatsachen geschaffen würden, welche mithilfe von Nachprüfungsanträgen nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Antragstellerin wäre auf die Geltendmachung von Schadenersatz beschränkt. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung sei nicht auszugehen. Weder sei eine Gefahr für Leib und Leben noch eine besondere Dringlichkeit gegeben.

Die Auftraggeberin, die ASFINAG Service GmbH, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 26. Juni 2012 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (CPV-Code 90400000-IA39 und 90913000-IA39). Als Art des Vergabeverfahrens iSd § 25 BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Konkretisierend teilte sie am 27. Juni 2012 telefonisch mit, dass ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung geführt werde. Die Vergabe soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 12. Juni 2012 per Telefax 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. Die Auftraggeberin, die ASFINAG

Service GmbH, erteilte in ihrer Stellungnahme vom 26. Juni 2012 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 90400000-IA39 und 90913000-IA39). Als Art des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 25, BVergG bezeichnet die Auftraggeberin ein offenes Verfahren. Konkretisierend teilte sie am 27. Juni 2012 telefonisch mit, dass ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung geführt werde. Die Vergabe soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 12. Juni 2012 per Telefax 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 Auftraggeberin, die ASFINAG Service GmbH, hat die gegenständliche Leistung im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-502720-2217;

Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2012/S 36-058279;

Punkt D 1.1. Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen [im Dokument Besondere Ausschreibungsbestimmungen]; Angebotsdeckblatt sowie 1. Berichtigung der Ausschreibung). Leistungsgegenstand ist die Reinigung von Benzinabscheider- und Gewässerschutzanlagen 2012 in Kärnten, Salzburg und der Steiermark (CPV-Code 90400000 und 90913000). Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll ein Jahr mit zweimaliger Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr betragen. Die Vergabe erfolgt in fünf Losen: Los A (Obersteiermark), Los B (Raum Graz), Los C (Joglland), Los D (Kärnten), Los E (Salzburg). Der geschätzte Auftragswert beträgt den Angaben der Auftraggeberin zufolge jeweils exkl. USt für das Los A Euro 72.530,00, für das Los B Euro 69.760,00, für das Los C Euro 22.990,00, für das Los D Euro 78.800,00 und für das Los E Euro 34.820,00, sohin insgesamt Euro 278.900,00 (exkl. USt). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war nach Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen der 10. April 2012, 13.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot gelegt.

Am 12. Juni 2012 übermittelte die Auftraggeberin mittels Telefax ein als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG" bezeichnetes Schreiben (datiert mit 4. Juni 2012), mit welchem mitgeteilt wird, dass "beabsichtigt ist im Los A, B und C, dem Bieter B*** den Zuschlag zu erteilen". Danach weist das betreffende Angebot mit Euro 61.316,50 netto für das Los A, mit Euro 58.434,00 netto für das Los B und mit Euro 20.500,50 netto für das Los C den niedrigsten Angebotspreis auf. Am 12. Juni 2012 übermittelte die Auftraggeberin mittels Telefax ein als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG" bezeichnetes Schreiben (datiert mit 4. Juni 2012), mit welchem mitgeteilt wird, dass "beabsichtigt ist im Los A, B und C, dem Bieter B*** den Zuschlag zu erteilen". Danach weist das betreffende Angebot mit Euro 61.316,50 netto für das Los A, mit Euro 58.434,00 netto für das Los B und mit Euro 20.500,50 netto für das Los C den niedrigsten Angebotspreis auf.

Am 21. Juni 2012 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein.

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

Der Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. 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. 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.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr

10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fort zu führen. Demgegenüber folgen Nachprüfungsverfahren, die erst nach dem Inkrafttreten der in Rede stehenden Novelle beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht werden, bereits dem (gegebenenfalls) novellierten Verfahrensrecht (§ 345 Abs 15 Z 1 iVm Z 3 2. Satz BVergG). Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw fort zu führen. Demgegenüber folgen Nachprüfungsverfahren, die erst nach dem Inkrafttreten der in Rede stehenden Novelle beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht werden, bereits dem (gegebenenfalls) novellierten Verfahrensrecht (Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 3, 2. Satz BVergG).

Vorliegend hat dies zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens, welches im Februar 2012 und somit vor dem 1. April 2012 eingeleitet worden ist, die (materiellrechtlichen) Bestimmungen des BVergG in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle 2012, somit in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010, heranzuziehen hat. Für das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt am 21. Juni 2012 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle 2012 maßgeblich (siehe ua BVA vom 24. April 2012, N/0040-BVA/10/2012-12). Vorliegend hat dies zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens, welches im Februar 2012 und somit vor dem 1. April 2012 eingeleitet worden ist, die (materiellrechtlichen) Bestimmungen des BVergG in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle 2012, somit in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010,, heranzuziehen hat. Für das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt am 21. Juni 2012 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind hingegen die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle 2012 maßgeblich (siehe ua BVA vom 24. April 2012, N/0040-BVA/10/2012-12).

Bei den Paragraphenangaben wird unterschiedslos auf das BVergG Bezug genommen. Darunter ist jeweils die im Sinne der obigen Ausführungen geltende Fassung zu verstehen.

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

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG Service GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (siehe ua BVA vom 14. November 2009, N/0113-BVA/12/2009-9). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG (CPV-Code 90400000 und 90913000). Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (§ 16 Abs 4 und 5 BVergG). Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG Service GmbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe ua BVA vom 14. November 2009, N/0113-BVA/12/2009-9). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG (CPV-Code 90400000 und 90913000). Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass in Übereinstimmung mit der Auskunft der Auftraggeberin von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich auszugehen ist (Paragraph 16, Absatz 4 und 5 BVergG).

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

Nach Auskunft der Auftraggeberin befindet sich das Vergabeverfahren im Stadium der Versendung der "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung" bzw richtigerweise im Stadium der Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Demnach wurde bislang weder eine

Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch ein Zuschlag erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigserklärung 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" bzw richtigerweise im Stadium der Mitteilung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Demnach wurde bislang weder eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen noch ein Zuschlag erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen, weswegen das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigserklärung 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 als "Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG" bezeichnete, am 12. Juni 2012 mittels Telefax bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** erteilen zu wollen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Angefochten wird die von der Auftraggeberin als "Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG" bezeichnete, am 12. Juni 2012 mittels Telefax bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der B*** erteilen zu wollen.

Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen richtet sich danach, welches Verfahren die Auftraggeberin tatsächlich gewählt und durchgeführt hat (VwGH vom 1. Juli 2010, 2009/04/0207 unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 312, Rz 163 = RPA 2010, 329 [Gappmayer] = ZVB 2010, 461 [Gruber/Eisner]). In der Ausschreibung erfolgt nach außen bereits die Wahl des Vergabeverfahrens, die den Maßstab für die weiteren Entscheidungen des Auftraggebers bildet (siehe ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234). Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen richtet sich danach, welches Verfahren die Auftraggeberin tatsächlich gewählt und durchgeführt hat (VwGH vom 1. Juli 2010, 2009/04/0207 unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 312,, Rz 163 = RPA 2010, 329 [Gappmayer] = ZVB 2010, 461 [Gruber/Eisner]). In der Ausschreibung erfolgt nach außen bereits die Wahl des Vergabeverfahrens, die den Maßstab für die weiteren Entscheidungen des Auftraggebers bildet (siehe ua VwGH vom 27. Juni 2007, 2005/04/0234).

Vorliegend lässt sich den Ausschreibungsunterlagen klar entnehmen, dass die Auftraggeberin ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer durchführt (§§ 25 Abs 7, 32, 150, 151 BVergG). Diese erste, auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung zielende Stufe des Vergabeverfahrens wird vor dem tatsächlichen Abschluss eines Leistungsvertrages als bloß "fiktives" Vergabeverfahren geführt, das nicht durch Zuschlagserteilung endet (siehe EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 48 und 94). Bei der gegenständlich angefochtenen Entscheidung handelt es sich demnach nicht um eine Zuschlagsentscheidung sondern, wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, um die in diesem Verfahrensabschnitt gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. ii BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Angemerkt wird, dass eine unzutreffende Terminologie seitens der Auftraggeberin für die rechtsschutzsuchende Antragstellerin keinesfalls nachteilig sein kann (siehe ua BVA vom 27. Jänner 2011, N/0006-BVA/06/2011-8). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG iVm § 1 BVA-GebV 2012). Vorliegend lässt sich den Ausschreibungsunterlagen klar entnehmen, dass die Auftraggeberin ein offenes Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer durchführt (Paragraphen 25, Absatz 7, 32, 150, 151, BVergG).

Diese erste, auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung zielende Stufe des Vergabeverfahrens wird vor dem tatsächlichen Abschluss eines Leistungsvertrages als bloß "fiktives" Vergabeverfahren geführt, das nicht durch Zuschlagserteilung endet (siehe EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 48 und 94). Bei der gegenständlich angefochtenen Entscheidung handelt es sich demnach nicht um eine Zuschlagsentscheidung sondern, wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, um die in diesem Verfahrensabschnitt gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, i, i, BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Angemerkt wird, dass eine unzutreffende Terminologie seitens der Auftraggeberin für die rechtsschutzsuchende Antragstellerin keinesfalls nachteilig sein kann (siehe ua BVA vom 27. Jänner 2011, N/0006-BVA/06/2011-8). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraph 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 Nichtigklärung 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 12. Juni 2012 bekannt gegebenen Entscheidung, der B*** den Zuschlag erteilen zu wollen. 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 der Verlust des Abschlusses der Rahmenvereinbarung (und des Abrufs der darauf basierenden Aufträge) bzw 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 eines allfälligen Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin bzw 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 der Verlust des Abschlusses der Rahmenvereinbarung (und des Abrufs der darauf basierenden Aufträge) bzw 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 eines allfälligen Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin bzw 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 Krankenhaus-technik 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 Maßnahmen iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen waren. 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 Maßnahmen iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen waren.

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

24.08.2012

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