

TE Verg Bescheid 2012/5/10 N/0047-BVA/02/2012-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.05.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §28 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

BVergG 2006 §345 Abs15 Z3

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 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 28 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "ORF-ZW Königlberg Containerdorf - AOE 02/12", des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Mai 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "ORF-ZW Königlberg Containerdorf - AOE 02/12", des Auftraggebers Österreichischer Rundfunk (ORF), Würzburggasse 30, 1136 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Mai 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Auftraggeber untersagt wird, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen", wird abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der dem Auftraggeber untersagt wird, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen", wird abgewiesen.

Begründung

Mit Mitteilung per e-mail vom 25.4.2012 gab der Auftraggeber die Auftragserteilung betreffend die Beschaffung "ORF - Errichtung Containerdörfer" wie folgt bekannt:

"... unter Berücksichtigung der bewertungsrelevanten Variante hat

die B*** mit einer Gesamtangebotssumme von EUR XXXXX das billigste Angebot gelegt.

In diesem Sinne wird der Auftrag an die B*** erteilt. Die Auftragserteilung wird nicht früher als der 3.5.2012 durchgeführt".

Der vorliegende Nachprüfungsantrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Mai 2012 (idF Antragstellerin), richtet sich gegen diese sie über die beabsichtigte Auftragserteilung informierende Zuschlagsentscheidung. Der vorliegende Nachprüfungsantrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Mai 2012 in der Fassung Antragstellerin), richtet sich gegen diese sie über die beabsichtigte Auftragserteilung informierende Zuschlagsentscheidung.

Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, diese Zuschlags-entscheidung entspreche formal nicht den Vorgaben des § 131 BVergG. Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, diese Zuschlags-entscheidung entspreche formal nicht den Vorgaben des Paragraph 131, BVergG.

Die Antragstellerin habe basierend auf den Ergebnissen der Verhandlungsrunde vom 20.4.2012, an der Vertreter der Antragstellerin und des Auftraggebers teilgenommen hätten, ein ordnungsgemäßes Last and Best Offer (LBO) - bei Rechnungslegung mit über 50% der Kaufsumme am Beginn der KW 25 und prompter Bezahlung werde ein Nachlass von 2% auf diese Rechnung gewährt, womit sich die Angebotssumme von EUR XXXXX ergebe - gelegt.

Da der Vertreter des Auftraggebers den ausdrücklichen Vorschlag der Antragstellerin, bei früherer Rechnungslegung und Bezahlung von 50% der Angebotssumme einen Rabatt anbieten zu können, im Verhandlungsgespräch positiv aufgenommen habe, habe die Antragstellerin davon ausgehen können, das gemeinsame Verständnis der Ausschreibungsbestimmungen lasse einen solchen Rabatt zu. Auf Nachfrage der Antragstellerin, warum ihr Angebot

trotz geringerer Gesamtangebotssumme nicht für den Zuschlag vorgesehen sei, habe der Auftraggeber jedoch mitgeteilt, der angebotene Nachlass habe nicht berücksichtigt werden können, weil Alternativangebote unzulässig gewesen seien und der Nachlass an nicht zulässige Zahlungsbedingungen geknüpft gewesen sei.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei wegen fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit auszuscheiden. Wie der Antragstellerin aus der Branche bekannt sei, entspreche der angebotene Gesamtangebotspreis in etwa dem gesamten Jahresumsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. In der Literatur und Judikatur werde von einem Verhältnis Auftragswert zum Jahresumsatz von einem Fünftel bis maximal der Hälfte ausgegangen. Das Projektrisiko sei jedenfalls dann zu hoch, wenn sich Auftragswert und Jahresumsatz des Unternehmens nähern oder sogar übersteigen (siehe BVA vom 29.4.1997, N-9/96 und BVA vom 23.3.1999, F-20/98). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge daher nicht über ausreichend finanzielle Mittel, den gegenständlichen Auftrag, insbesondere aufgrund dessen Größenordnung, den Vorgaben des Auftraggebers entsprechend auszuführen bzw. zu bewältigen. Nach den Grundsätzen von § 19 Abs 1 BVergG habe auch im Zuge von Vergaben ohne vorheriger Bekanntmachung die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei wegen fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit auszuscheiden. Wie der Antragstellerin aus der Branche bekannt sei, entspreche der angebotene Gesamtangebotspreis in etwa dem gesamten Jahresumsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. In der Literatur und Judikatur werde von einem Verhältnis Auftragswert zum Jahresumsatz von einem Fünftel bis maximal der Hälfte ausgegangen. Das Projektrisiko sei jedenfalls dann zu hoch, wenn sich Auftragswert und Jahresumsatz des Unternehmens nähern oder sogar übersteigen (siehe BVA vom 29.4.1997, N-9/96 und BVA vom 23.3.1999, F-20/98). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge daher nicht über ausreichend finanzielle Mittel, den gegenständlichen Auftrag, insbesondere aufgrund dessen Größenordnung, den Vorgaben des Auftraggebers entsprechend auszuführen bzw. zu bewältigen. Nach den Grundsätzen von Paragraph 19, Absatz eins, BVergG habe auch im Zuge von Vergaben ohne vorheriger Bekanntmachung die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Unter bestimmten Voraussetzungen sei im Zuge einer Angebotsprüfung eine Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen (§ 125 BVergG). Aufgrund der zeitlichen Nähe zwischen dem Termin für die Abgabe des LBOs (25.4.2012, 10.00 Uhr) und der Zuschlagsentscheidung (per Fax der Antragstellerin zugegangen 25.4.2012, 17:58 Uhr) gehe die Antragstellerin davon aus, dass keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei bzw in dieser Zeit auch gar nicht durchgeführt worden sein könne. In dieser knappen Zeit könne nicht einmal eine oberflächliche Angebotsprüfung erfolgt sein. Nach den Erfahrungen der Antragstellerin sei es nicht wahrscheinlich, dass auch schon die Erstangebote der Bieter derart knapp beieinanderliegen. Eine vertiefte Angebotsprüfung wäre jedenfalls für den Fall geboten gewesen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihren Angebotspreis vom Erstzum Letztangebot wesentlich reduziert habe (siehe zu solchen Fällen auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011). Unter bestimmten Voraussetzungen sei im Zuge einer Angebotsprüfung eine Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen (Paragraph 125, BVergG). Aufgrund der zeitlichen Nähe zwischen dem Termin für die Abgabe des LBOs (25.4.2012, 10.00 Uhr) und der Zuschlagsentscheidung (per Fax der Antragstellerin zugegangen 25.4.2012, 17:58 Uhr) gehe die Antragstellerin davon aus, dass keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei bzw in dieser Zeit auch gar nicht durchgeführt worden sein könne. In dieser knappen Zeit könne nicht einmal eine oberflächliche Angebotsprüfung erfolgt sein. Nach den Erfahrungen der Antragstellerin sei es nicht wahrscheinlich, dass auch schon die Erstangebote der Bieter derart knapp beieinanderliegen. Eine vertiefte Angebotsprüfung wäre jedenfalls für den Fall geboten gewesen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihren Angebotspreis vom Erstzum Letztangebot wesentlich reduziert habe (siehe zu solchen Fällen auch VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011).

Die Ausschreibungsunterlagen und der Verfahrensverlauf stünden nicht im Einklang mit dem BVergG. Zwar seien mangels Anfechtung dieser Unterlagen und Vorgaben viele dieser Rechtswidrigkeiten bestandsfest; nicht aber die Wahl des Verfahrens, als Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Weder für Bauaufträge im Unterschwellenbereich über derartige, weit über EURO 1 Mio liegende Auftragswerte, noch für Lieferaufträge im Oberschwellenbereich sei §§ 28 ff BVergG ein Ausnahmetatbestand für die Wahl dieser Verfahrensart im gegenständlichen Fall zu entnehmen. Der Auftraggeber habe dies in seinen Unterlagen auch nicht behauptet. Ein derartig eklatanter Verstoß gegen zentrale Prinzipien des Vergaberechts, der sogar im Feststellungsverfahren die

nachträgliche Nichtigkeit des Vertrages auslösen würde (§ 334 Abs 2 und Abs 3 in Verbindung mit § 312 Abs 3 Z 3 BVerfG), könne nicht bestandsfest werden. Die Ausschreibungsunterlagen und der Verfahrensverlauf stünden nicht im Einklang mit dem BVerfG. Zwar seien mangels Anfechtung dieser Unterlagen und Vorgaben viele dieser Rechtswidrigkeiten bestandsfest; nicht aber die Wahl des Verfahrens, als Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Weder für Bauaufträge im Unterschwellenbereich über derartige, weit über EURO 1 Mio liegende Auftragswerte, noch für Lieferaufträge im Oberschwellenbereich sei Paragraphen 28, ff BVerfG ein Ausnahmetatbestand für die Wahl dieser Verfahrensart im gegenständlichen Fall zu entnehmen. Der Auftraggeber habe dies in seinen Unterlagen auch nicht behauptet. Ein derartig eklatanter Verstoß gegen zentrale Prinzipien des Vergaberechts, der sogar im Feststellungsverfahren die nachträgliche Nichtigkeit des Vertrages auslösen würde (Paragraph 334, Absatz 2 und Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, BVerfG), könne nicht bestandsfest werden.

Insgesamt bestehe der Eindruck, der Auftraggeber habe aus Zeitdruck (oder anderen Gründen) möglichst rasch die gegenständliche Beschaffung durchziehen wollen, und zwar - unter anderem offensichtlich zur Vermeidung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes für die Bieter - durch ein am Vergaberecht vorbeigehendes und rechtswidriges beschleunigtes Verfahren. Dieser Zeitdruck habe bei der Angebotsprüfung auch dazu geführt, dass nicht nur das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht geprüft worden, sondern der von der Antragstellerin im Begleitschreiben angebotene und zuschlagsrelevante Nachlass übersehen worden sei.

Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVerfG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, hier wieder insbesondere im Hinblick auf eine vertiefte Angebotsprüfung und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf Ausscheiden nicht geeigneter Bieter und in diesem Sinne auch auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Die Antragstellerin habe an der Erbringung der verfahrensgegenständlich nachgefragten Leistungen massives Interesse. Die Ausführung der ausgeschrieben Leistungen liege in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit. Durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergaben entstehe ihr zumindest ein Schaden in Höhe von EUR 15.000,- an Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten. Darüber hinaus entginge ihr die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinnes in einer Höhe von zumindest 6% des Auftragswertes sowie die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzauftrages.

Zum verfahrensgegenständlichen Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin insbesondere aus, die Untersagung der Verfahrensfortsetzung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlages nach Durchführung eines Verfahrens ohne Bekanntmachung unumkehrbare Tatsachen schaffe, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVerfG nicht mehr beseitigt werden könnten. Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung in der Regel zu erlassen sei (R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 3 [2010] 788 mwN).

Im gegenständlichen Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstöße bei Weitem allfällige Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber. Es seien weder ein besonderes Interesse des Auftraggebers, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, noch besondere öffentliche Interessen, die für die Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das Bundesvergabeamt sprechen könnten, ersichtlich.

Im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Die Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens führe schon aufgrund der Dauer und den damit verbundenen Kosten zu einer ungebührlichen Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin (siehe OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01t und 7 Ob 200/00p). Eine einstweilige Verfügung sei nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung diese fordern (BVA 1.10.2002, N-51/02-02).

Mit Schriftsatz vom 7.5.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Im Ergebnis

handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert EUR 2,23 Mio ohne Ust). Der geschätzte Auftragswert für die Elemente des Bauauftrages (Errichtung von Containerdörfern bei Anwendung der Bauordnung, Ausbau von Gebäuden einschließlich aller Baunebengewerbe) betrage ca EUR 1,3 Mio und überwiege dem geschätzten Lieferanteil für Container von netto ca EUR 0,9 Mio. Die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip erfolge in einem Verhandlungsverfahren mit geladenen Bietern, welches nicht dem BVergG unterliege. Der Österreichische Rundfunk (ORF) sei - wie bereits amtsbekannt (vgl zB N/0123-BVA/09/2009) - kein öffentlicher Auftraggeber. Die Frage der Auftraggebereigenschaft könne jedoch nicht innerhalb der gesetzlichen Frist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt geprüft werden. Das billigste LBO sei am 25.4.2012 von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin abgegeben worden, das Angebot der Antragstellerin liege an der 3. Stelle. Mit Schriftsatz vom 7.5.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Im Ergebnis handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert EUR 2,23 Mio ohne Ust). Der geschätzte Auftragswert für die Elemente des Bauauftrages (Errichtung von Containerdörfern bei Anwendung der Bauordnung, Ausbau von Gebäuden einschließlich aller Baunebengewerbe) betrage ca EUR 1,3 Mio und überwiege dem geschätzten Lieferanteil für Container von netto ca EUR 0,9 Mio. Die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip erfolge in einem Verhandlungsverfahren mit geladenen Bietern, welches nicht dem BVergG unterliege. Der Österreichische Rundfunk (ORF) sei - wie bereits amtsbekannt vergleiche zB N/0123-BVA/09/2009) - kein öffentlicher Auftraggeber. Die Frage der Auftraggebereigenschaft könne jedoch nicht innerhalb der gesetzlichen Frist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt geprüft werden. Das billigste LBO sei am 25.4.2012 von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin abgegeben worden, das Angebot der Antragstellerin liege an der 3. Stelle.

Zum Antrag auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber unter Vorlage von verschiedenen Nachweisen (OZ 6, Beilage .1/, e-Mail Z*** vom 21.12.2011 an den Auftraggeber betreffend ORF Zentrum Wien Sanierung Objekt 1; OZ 6, Beilage .2/, Sanierungskonzept ORF Küniglberg Objekt 1 der K***, Stand 29.3.2012; OZ 8, Auszug aus dem Bericht des Stiftungsrates zur ORF Standortanalyse Zwischenbericht vom 5.12.2011 und Artikel der Standard vom 3.1.2012 mit dem Titel:

"Gravierender" Verfall könnte ORF auf dem Berg halten; OZ 9, Untersuchungsbericht MA 39 - VFA 2011-1775.01 vom 29.11.2011 über den Zustand der Stahlbetonbauteile) insbesondere aus, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse und zwar das Interesse am Schutz von Leib und Leben der am Küniglberg tätigen Personen und das verfassungsgesetzlich gebotene öffentliche Interesse des "Rundfunks" an der Fortsetzung des gegenständlichen Beschaffungsprozesses.

Die Beschaffung der Containerdörfer stehe in einem unmittelbaren kausalen Zusammenhang mit der auch medial seit Jänner 2012 wiederholt diskutierten Generalsanierung des Hauptgebäudes am Küniglberg. Von der Baubehörde und ihr folgend von dem, vom Auftraggeber beauftragten Statiker, Z*** (idF Z***), seien erstmals im Dezember 2011 grobe statische Mängel am Hauptgebäude des Standortes Küniglberg (Objekt 1) festgestellt worden, die einer unverzüglichen und dringlichen Sanierung bedürften. Die Mängel beträfen die Deckenkonstruktion in den oberirdischen Geschoßen, und zwar die Verbindung der Parapetträger der Außenfassade mit der Kernzone ("Verschließungen"), sowie die Auflagerflächen der Decken auf den Parapetträgern ("Auflagerflächen"). Die Verschließungen seien zum Teil nicht vorhanden bzw. teilweise abgerissen. Die Auflagerflächen seien abgebröckelt und auf ein bedenkliches Ausmaß reduziert. Z***, der diese gravierenden Mängel begutachtet habe, habe in mehreren Sitzungen und per email bekannt gegeben, dass die Verschließungen und die Auflagerflächen im Objekt 1 bis Jahresende 2012 zu kontrollieren und gegebenenfalls zu sanieren seien, wenn beabsichtigt sei das Objekt weiter zu nutzen. Im Jänner 2012 seien diese Vorgaben von Z*** von der, vom Auftraggeber in Folge beauftragten K*** (idF K***), bestätigt worden. Deshalb müsse der Auftraggeber die Mitarbeiter im Objekt 1 bis Ende August 2012 absiedeln. Die Beschaffung der Containerdörfer stehe in einem unmittelbaren kausalen Zusammenhang mit der auch medial seit Jänner 2012 wiederholt diskutierten Generalsanierung des Hauptgebäudes am Küniglberg. Von der Baubehörde und ihr folgend von dem, vom Auftraggeber beauftragten Statiker, Z*** in der Fassung Z***), seien erstmals im Dezember 2011 grobe statische Mängel am Hauptgebäude des Standortes Küniglberg (Objekt 1) festgestellt worden, die einer unverzüglichen und dringlichen Sanierung bedürften. Die Mängel beträfen die Deckenkonstruktion in den oberirdischen Geschoßen, und zwar die Verbindung der Parapetträger der Außenfassade mit der Kernzone ("Verschließungen"), sowie die Auflagerflächen der Decken auf den Parapetträgern ("Auflagerflächen"). Die Verschließungen seien zum Teil nicht vorhanden bzw. teilweise abgerissen. Die Auflagerflächen seien abgebröckelt und auf ein bedenkliches Ausmaß

reduziert. Z***, der diese gravierenden Mängel begutachtet habe, habe in mehreren Sitzungen und per email bekannt gegeben, dass die Verschleißungen und die Auflagerflächen im Objekt 1 bis Jahresende 2012 zu kontrollieren und gegebenenfalls zu sanieren seien, wenn beabsichtigt sei das Objekt weiter zu nutzen. Im Jänner 2012 seien diese Vorgaben von Z*** von der, vom Auftraggeber in Folge beauftragten K*** in der Fassung K*** bestätigt worden. Deshalb müsse der Auftraggeber die Mitarbeiter im Objekt 1 bis Ende August 2012 absiedeln.

Das Konzept des Auftraggebers für die Freimachung des Hauptgebäudes und für die Übersiedlung der Mitarbeiter in Ersatzquartiere, sehe neben der Anmietung von Räumen in bestehenden Gebäuden auch die Errichtung der gegenständlichen Containerdörfer vor. Voraussetzung für den Beginn der Sanierung des Hauptgebäudes sei die Bezugsfertigstellung der Containerdörfer und Übersiedlung der Mitarbeiter in diese. Nur zwei kleinere Einheiten (Druckerei und Bank), deren Übersiedlung mit erheblichen Kosten verbunden wäre, würden im Objekt 1 verbleiben. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass mit den Bauarbeiten im Objekt 1 spätestens ab September begonnen werde. Nur dann sei es möglich, die Flächen über der Druckerei und der Bank bis hinauf in das 5. Obergeschoss (das 6. Obergeschoss ist statisch anders aufgebaut) bis zum Jahresende

2012 zu kontrollieren und zu sanieren, und damit - zumindest

insoweit innerhalb des zeitlich vorgegebenen Rahmens - eine Gefährdung der Mitarbeiter auszuschließen.

Erst diese Feststellung der Sachverständigen (Z*** und KS Ingenieure) samt jener der Baubehörde über den katastrophalen Zustand des Hauptgebäudes habe den Auftraggeber plötzlich gezwungen, ein Sanierungskonzept für das Hauptgebäude am Königlberg zu erarbeiten, obwohl bereits parallel an Umzugsvarianten (zB Verlegung Standort nach St. Marx) gearbeitet worden sei. Davor habe der Auftraggeber davon ausgehen können, mit einer Generalsanierung des Hauptgebäudes bis zum Umzug an einen anderen Standort (zB St. Marx) zuwarten zu können bzw eine Generalsanierung des Hauptgebäudes wäre bei einem neuen Standort nicht notwendig. Seit Ende Dezember 2011 erarbeite der Auftraggeber, unter Aufwendung all seiner Mittel ein Sanierungskonzept, stimme dieses mit seinen Produktionsabläufen ab und stelle die notwendige Finanzierung sicher. Er habe in kürzester Zeit Fachplaner (zunächst Z*** und KS Ingenieure; danach einen Generalplaner) finden müssen, die ein Sanierungskonzept entwerfen.

Nachdem Mitte/Ende Jänner 2012 unter anderem die Notwendigkeit der Totalräumung des Hauptgebäudes am Königlberg, und damit auch die Notwendigkeit der Beschaffung von Ersatzquartieren endgültig festgestanden sei, habe er - parallel zu den vertiefenden Feststellungen der KS Ingenieure hinsichtlich Umfang und Dringlichkeit der Sanierung des Hauptgebäudes am Königlberg - begonnen, die Angelegenheit mit der Baubehörde und dem Bundesdenkmalamt abzuklären und ersten Vorerkundigungen hinsichtlich der benötigten Leistungen und des Marktes einzuholen. Als sich eine Sanierungsvariante und eine Einigung mit den Behörden über die Bauart der zu errichtenden Container samt umfangreicher Fragen der Statik und des Brandschutzes, die einen unmittelbaren Einfluss auf das Leistungsverzeichnis hätten, im März 2012 abzeichneten, habe der Auftraggeber sofort am 3.4.2012, innerhalb kürzester Fristen den gegenständlichen Beschaffungsprozess unter allen ihm bekannten Containerdorferstellern eingeleitet und für eine rasche Angebotsprüfung und Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gesorgt.

Der gesamte Sanierungsprozess sei derart terminisiert, dass man mit der Besiedlung der Container Ende Juli 2012 und mit den Sanierungsarbeiten im August 2012 zu beginnen habe. Die entsprechenden Aufträge seien erteilt bzw seien in der Phase der Auftragserteilung. Der Auftraggeber sei in Abstimmung mit den Behörden davon ausgegangen, das gegenständliche Hauptgebäude werde nur mehr bis Ende Juli 2012 genutzt. Die bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung eintretende Verzögerung vergrößere daher die bereits festgestellte akute Gefahr für die Sicherheit aller im Hauptgebäude am Königlberg anwesenden bzw tätigen Personen erheblich und zwar mit jedem, weiteren Tag, um den die Nutzung verlängert werde.

Weiters bestehe die Gefahr, dass der Auftraggeber an der Erfüllung der verfassungsgesetzlich verankerten, öffentlichen Aufgabe "Rundfunk" für Österreich gehindert werde (BGBI 1974/396 Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks - BVG-Rundfunk iVm §§ 1 ff BGBI I 2001/83 idF BGBI I 15/2012 Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk - ORF-G). Seien bis Ende Juli 2012 keine Ersatzquartiere - wie die gegenständlichen Containerdörfer - verfügbar und das ORF-Hauptgebäude sei aufgrund der genannten dringlichen akuten statischen Probleme ab August 2012 nicht mehr benutzbar, wäre dem Auftraggeber die Erfüllung dieser konkreten, im öffentlichen Interesse gelegenen Aufgabe nicht möglich. Weiters bestehe die Gefahr, dass der Auftraggeber an der Erfüllung der verfassungsgesetzlich verankerten, öffentlichen Aufgabe "Rundfunk" für Österreich

gehindert werde (BGBl 1974/396 Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks - BVG-Rundfunk in Verbindung mit Paragraphen eins, ff BGBl römisch eins 2001/83 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 15 aus 2012, Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk - ORF-G). Seien bis Ende Juli 2012 keine Ersatzquartiere - wie die gegenständlichen Containerdörfer - verfügbar und das ORF-Hauptgebäude sei aufgrund der genannten dringlichen akuten statischen Probleme ab August 2012 nicht mehr benutzbar, wäre dem Auftraggeber die Erfüllung dieser konkreten, im öffentlichen Interesse gelegenen Aufgabe nicht möglich.

Dem gegenüber habe die Antragstellerin kein "echtes" Interesse am gegenständlichen Auftrag. Da der Angebotspreis der Antragstellerin mehr als das Dreifache des Preises des Angebotes der erstgereihten Bieterin ausmache, sei ihr Angebot als unangemessen zu bezeichnen und auszuschneiden. Auch sei die Antragstellerin nur drittgereichte Bieterin und bringe keine Einwände gegen den zweitgereihten Bieter vor. Selbst der Umstand der vermeintlich unzureichenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der erstgereihten Bieterin, ändere nichts daran, dass das Angebot der Antragstellerin somit nicht für den Auftrag in Frage komme.

Die Antragstellerin sei nicht beschwert, da sie zum gegenständlichen Verhandlungs-verfahren eingeladen worden sei. Der Umstand der nicht erfolgten Bekanntmachung sei ihr seit mehr als einem Monat bekannt und sie habe dies nicht geltend gemacht.

Bei den Interessen "entgangener Gewinn, Kosten für rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren" handle es sich um Ansprüche, die von der Antragstellerin im Nachhinein mittels Schadenersatz durchsetzbar seien. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung stelle nicht das gelindeste Mittel zur Sicherstellung dieser Ansprüche dar. Die bei Erlassung der einstweiligen Verfügung beim Auftraggeber verursachten zusätzlichen Risiken und Nachteile würden bei weitem die von der Antragstellerin angegebenen Kosten überwiegen. Darüber hinausgehende konkrete, weitere Interessen würden von der Antragstellerin weder vorgebracht, noch bescheinigt.

Mit Schriftsatz vom 7. Mai 2012 nahm B***, vertreten durch W*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) zum vorliegenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung und führte insbesondere aus, das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsvorgaben (Alternativ- und/oder Abänderungsangebote seien im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gestattet). Es sei gemäß § 129 BVergG auszuschneiden. Der Antragstellerin mangle es deshalb an der Aktivlegitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrages, aber auch - in analoger Anwendung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur (vgl. VwGH 28.3.2007 2005/04/0200 ua) an der Legitimation, zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Hinblick auf die mangelnde Legitimation der Antragstellerin seien die Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (neben dem finanziellen Schaden und dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes drohten erhebliche Koordinationsprobleme mit anderen schon lange geplanten Projekten, welche durch die Terminverschiebung unausweichlich würden und zu beachtlichen Mehraufwendungen durch Personalzukauf führten), sowie jene des Auftraggebers an der möglichst raschen Durchführung des Projektes überwiegend, gegenüber dem von Antragstellerin vorgebrachten Interesse an der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung. Mit Schriftsatz vom 7. Mai 2012 nahm B***, vertreten durch W*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) zum vorliegenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung und führte insbesondere aus, das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsvorgaben (Alternativ- und/oder Abänderungsangebote seien im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gestattet). Es sei gemäß Paragraph 129, BVergG auszuschneiden. Der Antragstellerin mangle es deshalb an der Aktivlegitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrages, aber auch - in analoger Anwendung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur vergleiche VwGH 28.3.2007 2005/04/0200 ua) an der Legitimation, zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Hinblick auf die mangelnde Legitimation der Antragstellerin seien die Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (neben dem finanziellen Schaden und dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes drohten erhebliche Koordinationsprobleme mit anderen schon lange geplanten Projekten, welche durch die Terminverschiebung unausweichlich würden und zu beachtlichen Mehraufwendungen durch Personalzukauf führten), sowie jene des Auftraggebers an der möglichst raschen Durchführung des Projektes überwiegend, gegenüber dem von Antragstellerin vorgebrachten Interesse an der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung.

.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens

erwogen:

I. Rechtslage, Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch eins. Rechtslage, Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle 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 1.4.2012, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle 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 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches durch die im März 2012 erfolgte Interessentensuche eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Da das gegenständliche Rechtsschutzverfahren am 2.5.2012 beim Bundesvergabeamt protokolliert wurde und damit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind für das Provisorialverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) maßgeblich. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches durch die im März 2012 erfolgte Interessentensuche eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Da das gegenständliche Rechtsschutzverfahren am 2.5.2012 beim Bundesvergabeamt protokolliert wurde und damit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind für das Provisorialverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) maßgeblich.

Auftraggeber gemäß § 2 Z 8 BVergG ist der Österreichische Rundfunk (ORF). Unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren geht das Bundesvergabeamt für das Provisorialverfahren davon aus, dass es sich beim Österreichischen Rundfunk (ORF) um einen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist. Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Österreichische Rundfunk (ORF). Unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Hauptverfahren geht das Bundesvergabeamt für das Provisorialverfahren davon aus, dass es sich beim Österreichischen Rundfunk (ORF) um einen öffentlichen Auftraggeber iSd BVergG handelt und daher die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung der gegenständlichen Beschaffung gegeben ist.

Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich bei dem gegenständlichen sowohl aus Bau- als auch aus Lieferleistungen bestehenden Auftrag infolge Überwiegens um einen Bauauftrag iSv § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert von gesamt 2,23 Mio EUR (exkl. Ust) überschreitet den einschlägigen Schwellenwert nicht. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Interessensuche und ohne vorherige Bekanntmachung iSv § 28 Abs 2 BVergG durchgeführt wird, ist demnach dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der Zuschlag soll dem Billigstbieter erteilt werden. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich bei dem gegenständlichen sowohl aus Bau- als auch aus Lieferleistungen bestehenden Auftrag infolge Überwiegens um einen Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert von gesamt 2,23 Mio EUR (exkl. Ust) überschreitet den einschlägigen Schwellenwert nicht. Das Verfahren, welches vom Auftraggeber als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Interessensuche und ohne vorherige Bekanntmachung iSv Paragraph 28, Absatz 2, BVergG durchgeführt wird, ist demnach dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der Zuschlag soll dem Billigstbieter erteilt werden.

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder der Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Verfahren ein Angebot gelegt und die unmittelbar drohende Schädigung

ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Billigstbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Von einem offensichtlichen Fehlen von den in § 328 Abs 1 BVergG genannten Voraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg cit ist daher nicht auszugehen. Die Frage, inwieweit der Antragstellerin die Antragslegitimation zukommt oder ihr Angebot für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Entgegen der Meinung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin lässt schon der Charakter des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung als vorläufiges Rechtsschutzinstrument, die analoge Anwendung der Rechtsprechung des VwGH zur fehlenden Antragslegitimation für das Hauptverfahren nicht zu. Da die Pauschalgebühr von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG erfüllt, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Verfahren ein Angebot gelegt und die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Billigstbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Von einem offensichtlichen Fehlen von den in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten Voraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist daher nicht auszugehen. Die Frage, inwieweit der Antragstellerin die Antragslegitimation zukommt oder ihr Angebot für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Entgegen der Meinung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin lässt schon der Charakter des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung als vorläufiges Rechtsschutzinstrument, die analoge Anwendung der Rechtsprechung des VwGH zur fehlenden Antragslegitimation für das Hauptverfahren nicht zu. Da die Pauschalgebühr von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

gemisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 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 leg cit 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, leg cit 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 § 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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 wies zur Interessenabwägung insbesondere darauf hin, dass ihr Interesse an der Beseitigung der im gegenständlichen Vergabeverfahren vorliegenden Rechtswidrigkeiten deutlich schwerer wiege, als das möglicherweise geschädigte Interesse des Auftraggebers im Falle der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Es liege weder ein besonderes Interesse des Auftraggebers, noch besondere öffentliche Interessen vor, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Mit diesem Vorbringen lässt die Antragstellerin jedoch die aufgrund der speziellen Fallkonstellation bestehenden im Vergleich zu den Bieterinteressen berücksichtigungswürdigen und schützenswerten Interessen an der Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter wie Leib und Leben, sowie Gesundheit außer Acht.

Der Auftraggeber brachte vor, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der rechtzeitigen gegenständlichen Beschaffung der Containerdörfer zum Schutz von Leib und Leben der am Königlberg tätigen Mitarbeiter des ORF. Im Dezember 2011 seien erstmals grobe statische Mängel am Hauptgebäude (Objekt 1) des Standortes des ORF am Königlberg, die einer unverzüglichen Sanierung bedürften, festgestellt worden (vgl. OZ 6, Beilage ./1, e-mail Z*** vom 21.12.2011 an den Auftraggeber betreffend ORF Zentrum Wien Sanierung Objekt 1: "sofortige Überprüfung der Stegaufleger ..., hier ist kein weiterer Aufschub möglich, das Der Auftraggeber brachte vor, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse an der rechtzeitigen gegenständlichen Beschaffung der Containerdörfer zum Schutz von Leib und Leben der am Königlberg tätigen Mitarbeiter des ORF. Im Dezember 2011 seien erstmals grobe statische Mängel am Hauptgebäude (Objekt 1) des Standortes des ORF am Königlberg, die einer unverzüglichen Sanierung bedürften, festgestellt worden vergleiche OZ 6, Beilage ./1, e-mail Z*** vom 21.12.2011 an den Auftraggeber betreffend ORF Zentrum Wien Sanierung Objekt 1: "sofortige Überprüfung der Stegaufleger ..., hier ist kein weiterer Aufschub möglich, das

gleiche Problem ... Verschleißungen"; sowie diese Feststellung

bestätigende OZ 6, Beilage ./2, Sanierungskonzept ORF Königlberg Objekt 1 der K***, Stand 29.3.2012: "Zu den kurzfristig durchzuführenden Maßnahmen gehören die Auflageschuhe und die Verschleißungen"). Nur ein Beginn der Bauarbeiten im Hauptgebäude spätestens ab September 2012, ermögliche die Kontrolle sowie die Sanierung der betroffenen Flächen im Hauptgebäude bis inklusive des 5. Obergeschosses bis zum Jahresende 2012 [vgl. OZ 6, Beilage ./1 e-mail, Z*** vom 21.12.2011 an den Auftraggeber betreffend ORF Zentrum Wien Sanierung Objekt 1: "Überprüfungen müssen so schnell und umfangreich wie möglich durchgeführt werden ..., sodass bis zum

Beginn der Generalsanierung im April 2012 ... und während der

Generalsanierung bis Ende 2012 ... mindestens 80% aller

Stegaufleger und Verschleißungen in allen Geschoßen überprüft worden sind."; sowie diese Feststellung gleichfalls bestätigende OZ 6, Beilage ./2, Sanierungskonzept ORF Königlberg Objekt 1 der K***, Stand 29.3.2012: "kurzfristig erforderliche Maßnahmen (Verschleißungen + Schuhe) ... bei Baubeginn im August bis Ende 2012 fertiggestellt werden können"]. Um diesen Zeitplan einhalten zu können und die bereits festgestellte akute Gefahr für die Sicherheit aller im Hauptgebäude anwesenden Personen zu beenden, müsse der Auftraggeber die Mitarbeiter bis Ende August 2012 aus dem Objekt 1 absiedeln (OZ 6, Beilage ./2, Sanierungskonzept ORF Königlberg Objekt 1 der K***, Stand 29.3.2012: "eine Aussiedlung jedenfalls innerhalb Jahresfrist zu erfolgen hat und eine Rücksiedlung erst möglich ist, wenn die o. a. Maßnahmen gesetzt wurden, es sei denn es werden gewisse Bereiche so wirkungsvoll geschützt, dass von o.a. Mängel keine Gefahr ausgehen kann.").

Der Auftraggeber stellt in seinem Vorbringen nachvollziehbar und plausibel dar und weist durch die Vorlage von damit

übereinstimmenden Feststellungen der von ihm beauftragten Fach- und Sachkundigen nach (vgl. OZ 6, Beilage ./1, e-Mail vom 21.12.2011 an den Auftraggeber betreffend ORF Zentrum Wien Sanierung Objekt 1 des Z***, Zivilingenieur für Bauwesen und Beilage ./2, Sanierungskonzept ORF Königlberg Objekt 1 der K***, Stand 29.3.2012), dass aufgrund des aktuellen bautechnischen Zustandes vom Hauptgebäude des ORF-Zentrums am Königlberg eine Gefahr für Leib, Leben und Gesundheit der dort tätigen Mitarbeiter ausgeht. Der Auftraggeber stellt in seinem Vorbringen nachvollziehbar und plausibel dar und weist durch die Vorlage von damit übereinstimmenden Feststellungen der von ihm beauftragten Fach- und Sachkundigen nach (vergleiche OZ 6, Beilage ./1, e-Mail vom 21.12.2011 an den Auftraggeber betreffend ORF Zentrum Wien Sanierung Objekt 1 des Z***, Zivilingenieur für Bauwesen und Beilage ./2, Sanierungskonzept ORF Königlberg Objekt 1 der K***, Stand 29.3.2012), dass aufgrund des aktuellen bautechnischen Zustandes vom Hauptgebäude des ORF-Zentrums am Königlberg eine Gefahr für Leib, Leben und Gesundheit der dort tätigen Mitarbeiter ausgeht.

Nachvollziehbar und plausibel legt der Auftraggebers weiters dar, dass er, nachdem erst Anfang des Jahres 2012 die Notwendigkeit der Räumung des Hauptgebäudes am Königlberg endgültig festgestellt worden war, er zügig und ohne weiteren Aufschub das Konzept für die Unterbringung der Mitarbeiter, insbesondere die notwendige Suche nach und die Beschaffung von Ersatzquartieren, zu welchen insbesondere der gegenständliche Auftrag "ORF-ZW Königlberg Containerdorf - AOE 02/12" zählt, eingeleitet hat und derzeit durchführt. Demzufolge kann dem Auftraggeber nicht entgegengehalten werden, dass er bei der Planung der Ausschreibung die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens unberücksichtigt hätte lassen.

Vielmehr hat das Bundesvergabeamt angesichts dieser Umstände davon auszugehen, dass jede weitere Verzögerung, so auch eine zumindest sechswöchige Verzögerung der weiteren Abwicklung des gegenständlichen Beschaffungsvorganges durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens, die aktuell bestehende und zweifelsfrei festgestellte Gefahr für Leib, Leben und die Gesundheit vom im Hauptgebäude des ORF tätigen Personen, in unzulässiger Weise prolongieren würde. Aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages und der darin aufgeworfenen Rechtsfragen ist es im Zuge des Provisorialverfahrens der erkennenden Senatsvorsitzenden weiters weder möglich die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EUGH zur Klärung der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im Hauptverfahren, noch die Bestellung eines Sachverständigen vorab auszuschließen.

Selbst der Antragstellerin hat lediglich allgemein und pauschal auf das Nichtvorliegen eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens hingewiesen und eingeräumt, dass es besondere Gründe rechtfertigen, das Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung zu durchbrechen und die begehrte einstweilige Verfügung nicht zu erlassen.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist in diesem Fall von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG auszugehen. Es überwiegt das öffentliche Interesse an einer Fortführung des Vergabeverfahrens (vgl dazu BVA 24.9.2004, 12N-89/04-10; 9.5.2007, N-0044-BVA/04/2007-EV4) gegenüber den Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung. Der auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag war daher abzuweisen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist in diesem Fall von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG auszugehen. Es überwiegt das öffentliche Interesse an einer Fortführung des Vergabeverfahrens (vergleiche dazu BVA 24.9.2004, 12N-89/04-10; 9.5.2007, N-0044-BVA/04/2007-EV4) gegenüber den Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung. Der auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag war daher abzuweisen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Abweisung Antrag Untersagung Zuschlagserteilung, öffentliches Interesse, Gefahr für Leib und Leben;

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at