

TE Verg Bescheid 2011/12/29 N/0122-BVA/07/2011-8EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.12.2011

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Anschaffung, Lieferung, Verkabelung, Installation und Montage von AV-Ausstattung (inkl. aller erforderlichen Nebenleistungen) für den Neubau Chemie/Pharmazie/Theoretische Medizin der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck und der Medizinischen Universität Innsbruck, GZ 150066/11", der Auftraggeber 1. Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, 2. Medizinische Universität Innsbruck, beide Innrain 52, 6020 Innsbruck, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 22.12.2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Anschaffung, Lieferung, Verkabelung, Installation und Montage von AV-Ausstattung (inkl. aller erforderlichen Nebenleistungen) für den Neubau Chemie/Pharmazie/Theoretische Medizin der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck und der Medizinischen Universität Innsbruck, GZ 150066/11", der Auftraggeber 1. Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, 2. Medizinische Universität Innsbruck, beide Innrain 52, 6020 Innsbruck, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 22.12.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, womit die Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt und den Auftraggebern die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des

Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, wird insofern stattgegeben, als den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Anschaffung, Lieferung, Verkabelung, Installation und Montage von AV-Ausstattung (inkl. aller erforderlichen Nebenleistungen) für den Neubau Chemie/Pharmazie/Theoretische Medizin der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck und der Medizinischen Universität Innsbruck, GZ 150066/11" untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit Telefax vom 12.12.2011 wurde der Antragstellerin in der "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG 2006 idgF" mitgeteilt, dass die Auftraggeber beabsichtigen, den Zuschlag an B*** zu erteilen. Mit Telefax vom 12.12.2011 wurde der Antragstellerin in der "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG 2006 idgF" mitgeteilt, dass die Auftraggeber beabsichtigen, den Zuschlag an B*** zu erteilen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehr vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem begründend ausgeführt wird, dass sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf freien und lauten Wettbewerb und Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG verletzt fühle. Insbesondere erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Nichterteilung der Zuschlagsentscheidung auf ein Angebot eines nicht verlesenen bzw. nicht am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmens, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, insbesondere auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehr vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem begründend ausgeführt wird, dass sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf freien und lauten Wettbewerb und Gleichbehandlung aller Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt fühle. Insbesondere erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Nichterteilung der Zuschlagsentscheidung auf ein Angebot eines nicht verlesenen bzw. nicht am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmens, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, insbesondere auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt.

Inhaltlich begründete die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 22.12.2011 im Wesentlichen wie folgt:

Die Auftraggeber, die Leopold-Franzens-Universität Innsbruck und die Medizinische Universität Innsbruck, führten ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich (CPV-Code 32300000) nach dem Billigstbieterprinzip durch.

Der Leistungsumfang beinhalte nicht nur die Lieferung von Komponenten, sondern auch deren Montage. Zusätzlich seien Deckenverkleidungen zu demontieren und nach Montage der gelieferten Anlagenteile wieder zu montieren. Hierfür seien die Montageleistungen auszureisen. Der Gesamtpreis für Lieferung und Montage bilde den Angebotspreis, welcher im Rahmen der Angebotsprüfung bewertet werde. Zusätzlich seien aber verpflichtend auch Wartungsleistungen auszureisen und zwar getrennt einerseits in die Vollwartung der gesamten AV-Anlage während der Gewährleistungsfrist und andererseits in die Vollwartung der gesamten Anlage nach Ablauf der Gewährleistungsfrist. Dafür sei jeweils eine Pauschale "nach Zeit" anzubieten und zwar in Form einer Halbjahrespauschale. Detaillierte Preiskalkulationen müssten aber erst vor Beauftragung nachgereicht werden. Zur Wartung gehöre auch, dass die komplette Anlage einmal jährlich während der Gewährleistung einem ausführlichen Funktionstest unterzogen werde. Zusätzlich sei für den laufenden Betrieb ein eigener Spezial-AV-Techniker bereitzustellen und der Aufwand pro Woche von ca. 10 Stunden auszureisen. Der Zuschlag auf allfällige Wartungsarbeiten erfolge aber nicht gleichzeitig, sondern gesondert vom Zuschlag für die Errichtung der Anlage. Die für die Wartung ausgepreisten Beträge würden nicht in die Angebotsprüfung und Bewertung für die Zuschlagserteilung einfließen. Ebenso seien auch viele andere Positionen, wie beispielsweise die LV-Pos. 1851130 bis 1851150, zwar auszureisen, würden aber nicht in das Zuschlagskriterium Preis einfließen. Die Bieter seien gemäß Pkt. B.6.11 der Ausschreibungsunterlage verpflichtet, der ausschreibenden Stelle Modelländerungen zwischen der Angebotslegung und dem Zuschlag unverzüglich mitzuteilen. Daraus folge, dass es gemäß der Ausschreibungsunterlage zulässig wäre, die Modelle für einzelne der zu liefernden Komponenten auch noch nach der

Angebotslegung auszutauschen. Was im Falle eines solchen Austausches für den Preis der jeweiligen Komponente zu gelten habe und für deren Funktionsanforderungen, regle die Ausschreibungsunterlage nicht. Gemäß Pkt. B.7.6. der Ausschreibungsunterlage behalte sich die ausschreibende Stelle das Recht vor, Reduzierungen im Auftragsvolumen von bis zu 20 % Leistungsgruppenveränderung, höchstens jedoch 10 % der Gesamtsumme durchzuführen, ohne dass neue Einheitspreise zu vereinbaren seien, und zwar bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist. Daraus folge, dass bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist Reduktionen des Leistungsvolumens um bis zu 20 % bzw. Reduktionen des Gesamtpreises um bis zu 10 % zulässig wären. Die von den Bietern angebotenen Einheitspreise dürften sich dadurch aber nicht ändern. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Reduzierung im Auftragsvolumen erfolge, wie dabei vorzugehen sei und ob nach Veröffentlichung der Zuschlagsentscheidung alle Bieter davon zu verständigen seien und auf welche Weise, lege die Ausschreibungsunterlage, deren Bestimmungen nach den Informationen der Antragstellerin nicht bekämpft worden seien, nicht fest.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt und an der Angebotsöffnung am 15.11.2011, 11.00 Uhr, teilgenommen. Dabei habe sich aufgrund der verlesenen (Brutto)Angebotspreise folgende Reihung der fünf geöffneten Angebote ergeben:

C*** EUR XXX

Präsumtiver Zuschlagsempfänger EUR XXX

D*** EUR XXX

Antragstellerin EUR XXX

E*** EUR XXX

Das Angebot der C*** sei somit offensichtlich ausgeschieden worden.

Wenngleich zwar der Preis des Angebotes von D*** sohin zwar nur um 4,4 % von jenem des präsumtiven Zuschlagsempfängers abweiche, so würde doch der Angebotspreis der Antragstellerin um 22,96 % und jener von E*** sogar um 53,83 % von jenem des präsumtiven Zuschlagsempfängers abweichen, weshalb eine vertiefte Preisprüfung durchgeführt werden hätte müssen. Dabei hätten die Auftraggeber festgestellt, dass weder der präsumtive Zuschlagsempfänger noch D*** ein kostendeckendes Angebot gelegt hätten.

Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Gesamtpreis könne die direkt zuordenbaren Kosten und die Lohnkosten nicht in voller Höhe beinhalten, weshalb er nicht kostendeckend sei. Ein wesentlicher Teil des Gesamtpreises seien die Einkaufspreise für die zu liefernden Komponenten. Aufgrund der genauen Vorgaben bestimmter Komponenten im Leistungsverzeichnis stünden für deren Beschaffung nur wenige Lieferanten zur Verfügung bzw. seien bestimmte Fabrikate ausdrücklich verlangt. Deshalb würden mehrere Bieter, insbesondere auch der präsumtive Zuschlagsempfänger und die Antragstellerin einen Großteil des Gesamtauftrages bei demselben Lieferanten kaufen, der allen Bietern dieses Verfahrens, die ihn um ein Angebot ersucht hätten, dieselben Preise und Konditionen gewährt habe. Unter Abzug des Lieferanteils und der Berücksichtigung der Versand- und Frachtkosten vermag die Differenz zum Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Kosten für den bloßen Einkauf der anderen Komponenten laut Leistungsverzeichnis zuzüglich der Montageleistungen nicht zu decken. Die Preise müssten jedoch kostendeckend sein, also zumindest alle variablen Kosten zuzüglich eines Deckungsbeitrags zu den Gemeinkosten bzw. zum Gewinn abdecken. Wenngleich nach Teilen der Rechtsprechung das BVergG kein Verbot des Verkaufs unter dem Selbstkostenpreis kenne, weshalb ausnahmsweise unter gewissen Umständen - wie beispielsweise Markteintritt eines Newcomers, oder die Notwendigkeit, Referenzen aus öffentlichen Projekten zu sammeln - auch Preise betriebswirtschaftlich erklärbar sein könnten, die nicht kostendeckend seien, so liege weder beim präsumtiven Zuschlagsempfänger, der zumindest in Westösterreich Marktführer bei den gegenständlichen Leistungen sei, noch bei D***, die sowohl im österreichischen Markt insgesamt als auch bei öffentlichen Aufträgen über einen beträchtlichen Marktanteil verfügten, ein solcher Rechtfertigungsgrund vor. Die Angebote dieser Bieter hätten somit ausgeschieden werden müssen.

Darüber hinaus seien wohl auch einige Positionspreise ungewöhnlich niedrig bzw. betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es sei zu prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger und D*** tatsächlich die ausgeschriebenen Komponenten angeboten und kalkuliert hätten. So sei die in Pkt. 1820010 des LV anzubietende Lichtwellenleiter-Kreuzschiene überdimensioniert. Es werde ein sehr teures und auf absehbare Zeit nicht erforderliches Gerät

gefordert. Da überdies "Singlemode Glasfaser-Ein- und Ausgänge" gefordert würden bzw. die Übertragung mit "Singlemode-Kabeln (SM) mit einem XXX SM Verteilverstärker oder Sender/Empfänger", bedinge diese Spezifikation hinsichtlich der Übertragungstechnik, dass zusätzlich zur LWL-Kreuzschiene auch für andere Geräte nur die sehr teuren Single-Mode-tauglichen Komponenten geliefert werden dürften. Die ausgeschriebenen teuren Single-Mode-Komponenten seien jedoch wahrscheinlich unangebracht. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Bieter aufgrund der Bestimmungen in Pkt. B.6.11 und B.7.6 der Ausschreibungsunterlage seiner Kalkulation die Annahme zu Grunde gelegt habe, dass sich die Auftraggeber auch mit Multi-Modetauglichen Komponenten zufrieden geben würden. In diesem Fall wäre das Angebot aber spekulativ, wenn nicht sogar ausschreibungswidrig und deshalb auszuschneiden. Der Unterschied zwischen Single-Mode- und Multi-Mode-Komponenten betreffe einige Positionen des Leistungsverzeichnisses und bedinge einen wesentlichen Preisunterschied. Darüber hinaus seien wohl auch einige Positionspreise ungewöhnlich niedrig bzw. betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es sei zu prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger und D*** tatsächlich die ausgeschriebenen Komponenten angeboten und kalkuliert hätten. So sei die in Pkt. 1820010 des LV anzubietende Lichtwellenleiter-Kreuzschiene überdimensioniert. Es werde ein sehr teures und auf absehbare Zeit nicht erforderliches Gerät gefordert. Da überdies "Singlemode Glasfaser-Ein- und Ausgänge" gefordert würden bzw. die Übertragung mit "Singlemode-Kabeln (SM) mit einem römisch 30 SM Verteilverstärker oder Sender/Empfänger", bedinge diese Spezifikation hinsichtlich der Übertragungstechnik, dass zusätzlich zur LWL-Kreuzschiene auch für andere Geräte nur die sehr teuren Single-Mode-tauglichen Komponenten geliefert werden dürften. Die ausgeschriebenen teuren Single-Mode-Komponenten seien jedoch wahrscheinlich unangebracht. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Bieter aufgrund der Bestimmungen in Pkt. B.6.11 und B.7.6 der Ausschreibungsunterlage seiner Kalkulation die Annahme zu Grunde gelegt habe, dass sich die Auftraggeber auch mit Multi-Modetauglichen Komponenten zufrieden geben würden. In diesem Fall wäre das Angebot aber spekulativ, wenn nicht sogar ausschreibungswidrig und deshalb auszuschneiden. Der Unterschied zwischen Single-Mode- und Multi-Mode-Komponenten betreffe einige Positionen des Leistungsverzeichnisses und bedinge einen wesentlichen Preisunterschied.

Die Bieter seien darüber hinaus verpflichtet gewesen, Vollwartungsleistungen auszureisen und Kosten eines eigenen Spezial-AV-Technikers für den laufenden Betrieb anzugeben. Diese Kosten würden aber nicht in die Angebotsbewertung einfließen und seien folglich auch nicht verlesen worden. Ein erheblicher Unterschied bei den für Wartungs- und Betriebsleistungen angesetzten Preisen zwischen der Antragstellerin einerseits und dem präsumtiven Zuschlagsempfänger und/oder D*** andererseits, könne die Rentabilität des Auftrages stark beeinflussen. Dieser Umstand könne ebenfalls zu Spekulation bei der Angebotserstellung verleiten. Deshalb hätten die Auftraggeber auch diesen Aspekt im Zuge der vertieften Angebotsprüfung klären und das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sowie jenes von D*** ausscheiden müssen.

Der Antragstellerin würden im Fall des Aufrechterhalts der bekämpften Entscheidung insbesondere ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn- und Deckungsbeitrag) sowie frustrierte Angebotslegungskosten drohen. Weiters entginge der Antragstellerin die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Sofern das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der drohende Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger auch im Verlust der Möglichkeit, sich nach einem Widerruf an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Mit Stellungnahme vom 28.12.2011 erteilten die Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilten mit, dass der gegenständliche Lieferauftrag im September 2011 europaweit bekannt gemacht worden sei. Es handle sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich. Mit Telefax vom 9.12.2011 sei sowohl der C*** als auch der Arbeitsgemeinschaft D*** mitgeteilt worden, dass deren Angebote ausgeschieden hätten werden müssen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sind die Leopold-Franzens-Universität Innsbruck sowie die Medizinische Universität Innsbruck. Diese sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (für Universitäten z.B. BVA 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]). Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG sind die Leopold-Franzens-Universität Innsbruck sowie die Medizinische Universität Innsbruck. Diese sind öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (für Universitäten z.B. BVA 27.9.2010, N/0071-BVA/10/2010-34, RPA 2010, 335 [Hofer]).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von § 328 Abs. 3 und 4 iVm § 321 Abs. 1 und 2 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von Paragraph 328, Absatz 3 und 4 in Verbindung mit Paragraph 321, Absatz eins und 2 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

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 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der mit Telefax vom 12.12.2011 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Die Auftraggeber haben kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050- BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die Regelung des § 329 Abs. 2 BVergG sieht die absolute Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit eines entgegen einer Anordnung der Unterlassung der Zuschlagserteilung in einer einstweiligen Verfügung erteilten Zuschlages vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht erforderlich und stellt somit nicht das gelindeste Mittel iSd § 328 Abs. 1 BVergG dar. Die Regelung des Paragraph 329, Absatz 2, BVergG sieht die absolute Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit eines entgegen einer Anordnung der Unterlassung der Zuschlagserteilung in einer einstweiligen Verfügung erteilten Zuschlages vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht erforderlich und stellt somit nicht das gelindeste Mittel iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG dar.

Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

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