

TE Verg Bescheid 2011/7/11 N/0060-BVA/04/2011-7EV

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.07.2011

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "U:Phone Unified Communication Infrastruktur der Universität Wien, Aktenzahl: 10-AS-H01-214000-2" des Auftraggebers Universität Wien, Dr.-Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.7.2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4.7.2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "U:Phone Unified Communication Infrastruktur der Universität Wien, Aktenzahl: 10-AS-H01-214000-2" des Auftraggebers Universität Wien, Dr.-Karl-Lueger-Ring 1, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 3.7.2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 4.7.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortführung des Vergabeverfahrens, insbesondere die Öffnung der Angebote (last and best offer), zu untersagen, dies mit Ausnahme der Berichtigung der

Ausschreibung sowie der Verlängerung der Angebotsfrist für das LBO (last and best offer)", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Angebote (last and best offer) zu untersagen und den Fortlauf der Angebotsfrist für das LBO (last and best offer) zu hemmen" wird stattgegeben. Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "U:Phone Unified Communication Infrastruktur der Universität Wien, Aktenzahl: 10-AS-H01-214000-2" die Öffnung der Angebote (last and best offer) untersagt. Der Fortlauf der Angebotsfrist für das LBO (last and best offer) wird gehemmt.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 3.7.2011, brachte die A*** (in der Folge Antragssteller) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einem Eventualbegehren ein. Mit zeitgleich eingebrachtem Nachprüfungsantrag wurde die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers von 1.7.2011, "die Ausschreibungsunterlagen nicht dahingehend zu berichtigen, dass das Konzept im LBO (last and best offer) insoweit geändert werden darf, als dies die neuen Anforderungen an das Call Center gemäß Punkt 22.2.6 des Lastenhefts betrifft, sowie die Angebotsfrist für das LBO (last and best offer) nicht zu verlängern", beantragt. Weiters wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG begehrt. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass gemäß Punkt 3.1 der Einladung zum Last and best Offer (in der Folge LBO) die vorgestellten und in den Verhandlungsrunden optimierten technischen Konzepte und damit verbundene Systeme und Geräte im LBO nicht mehr verändert werden dürften. Änderungen würden zum Ausscheiden des Angebotes führen. Ebenso ergebe sich aus Punkt 3.2 der Einladung zum LBO, dass bereits ausverhandelte Umsetzungskonzepte nicht mehr mit der Abgabe des LBOs verändert werden dürften. Lediglich Dienstleistungen des Bieters für das Einrichten von Call Center Gruppen seien entsprechend den Angaben im Lastenheft anzupassen. Zugleich seien vom Auftraggeber im Lastenheft unter Punkt 22.2.6 der Einladung zum LBO Anforderungen beschrieben worden, die in den bisherigen Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten gewesen wären und daher nicht mit dem bisherigen technischen Konzept des Antragstellers im Einklang stünden. Diese neuen Anforderungen im Lastenheft zum Call Center würden weitgehende Änderungen des Konzeptes des Antragstellers - nicht nur die Dienstleistungen betreffend - erfordern. Mit Schriftsatz vom 3.7.2011, brachte die A*** (in der Folge Antragssteller) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einem Eventualbegehren ein. Mit zeitgleich eingebrachtem Nachprüfungsantrag wurde die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers von 1.7.2011, "die Ausschreibungsunterlagen nicht dahingehend zu berichtigen, dass das Konzept im LBO (last and best offer) insoweit geändert werden darf, als dies die neuen Anforderungen an das Call Center gemäß Punkt 22.2.6 des Lastenhefts betrifft, sowie die Angebotsfrist für das LBO (last and best offer) nicht zu verlängern", beantragt. Weiters wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG begehrt. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass gemäß Punkt 3.1 der Einladung zum Last and best Offer (in der Folge LBO) die vorgestellten und in den Verhandlungsrunden optimierten technischen Konzepte und damit verbundene Systeme und Geräte im LBO nicht mehr verändert werden dürften. Änderungen würden zum Ausscheiden des Angebotes führen. Ebenso ergebe sich aus Punkt 3.2 der Einladung zum LBO, dass bereits ausverhandelte Umsetzungskonzepte nicht mehr mit der Abgabe des LBOs verändert werden dürften. Lediglich Dienstleistungen des Bieters für das Einrichten von Call Center Gruppen seien entsprechend den Angaben im Lastenheft anzupassen. Zugleich seien vom Auftraggeber im Lastenheft unter Punkt 22.2.6 der Einladung zum LBO Anforderungen beschrieben worden, die in den bisherigen Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten gewesen wären und daher nicht mit dem bisherigen technischen Konzept des Antragstellers im Einklang stünden. Diese neuen Anforderungen im Lastenheft zum Call Center würden weitgehende Änderungen des Konzeptes des Antragstellers - nicht nur die Dienstleistungen betreffend - erfordern.

Die genannten Ausschreibungsbestimmungen würden einander ausschließen und seien insofern widersprüchlich und mangelhaft. Eine eindeutige und hinreichend genaue Leistungsbeschreibung gemäß den Bestimmungen der §§ 96 ff BVergG würde nicht vorliegen. Vielmehr würden die Ausschreibungsbestimmungen technische Spezifikationen enthalten, die den Wettbewerb behindern würden. Über die rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen, die dem Antragsteller im Zuge der Ausarbeitung des LBO aufgefallen seien, sei der Auftraggeber unverzüglich mit Schreiben vom 30.6.2011 informiert worden. Die genannten Ausschreibungsbestimmungen würden einander ausschließen und seien insofern widersprüchlich und mangelhaft. Eine eindeutige und hinreichend genaue Leistungsbeschreibung

gemäß den Bestimmungen der Paragraphen 96, ff BVergG würde nicht vorliegen. Vielmehr würden die Ausschreibungsbestimmungen technische Spezifikationen enthalten, die den Wettbewerb behindern würden. Über die rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen, die dem Antragsteller im Zuge der Ausarbeitung des LBO aufgefallen seien, sei der Auftraggeber unverzüglich mit Schreiben vom 30.6.2011 informiert worden.

Mit Schreiben vom 1.7.2011 habe der Auftraggeber auf die Niederschrift der Verhandlungsrunde vom 14.3.2011, Seite 4, Anmerkung zur Folie 30, verwiesen. Dieser Hinweis des Auftraggebers sei nicht stichhaltig, da zum damaligen Zeitpunkt die nunmehrigen neuen Anforderungen an das Call Center noch gar nicht bekannt gewesen seien und im Konzept auch nicht berücksichtigt hätten werden können. Das Schreiben des Auftraggebers vom 1.7.2011 sei als Ablehnung des Berichtigungsersuchens des Antragstellers zu verstehen und als gesondert anfechtbare Entscheidung zu werten.

Weder eine erforderliche Berichtigung noch eine daraus resultierende erforderliche Verlängerung der Angebotsfrist stünden im Ermessen des Auftraggebers. Vielmehr seien diese zwingend vom Auftraggeber vorzunehmen. Eine Überarbeitung des Konzeptes im Hinblick auf die neuen Anforderungen an das Call Center sei auch nicht innerhalb der Angebotsfrist für das LBO zu bewerkstelligen. Da die neuen Anforderungen den Bietern bis zur Einladung zum LBO nicht bekannt gewesen seien, hänge es vom Zufall ab, ob das bisherige Konzept diesen Anforderungen entspreche. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter bzw. der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbes und der Vergleichbarkeit der Angebote seien eine Berichtigung der Ausschreibung und eine Verlängerung der Angebotsfrist notwendig. Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Vergabe nach den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter, auf Vornahme einer erforderlichen Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen sowie auf Vornahme einer erforderlichen Verlängerung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber, auf Berichtigung einer nicht eindeutigen und nicht hinreichend genauen Leistungsbeschreibung und auf Berichtigung von den Wettbewerb in ungerechtfertigter Weise behindernden, technischen Spezifikationen verletzt. Mit der Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes, Teilnahme an den bisherigen Verhandlungen sowie Einladung zur Abgabe eines LBO und Ausarbeitung eines solchen sei das Interesse am Vertragsabschluss und an der Abwicklung des Auftrages durch den Antragsteller bekundet worden. Dieses komme auch durch Einbringung eines Nachprüfungsantrages zum Ausdruck. Es bestehe auch ein wirtschaftliches und rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen, an der Legung eines LBO, am Abschluss des Vertrages und an der Abwicklung des Auftrages durch den Antragsteller. Durch die angefochtene Entscheidung werde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, sich an einem rechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen. Würde von der Legung eines LBO abgesehen, hätte der Antragsteller keine Chance auf den Zuschlag. Die Kosten für die Angebotsausarbeitung seien mit € 39.078,00 zu beziffern. Der drohende Schaden auf Grund des Verdienstentgangs sowie aus der verloren gehenden Auslastung belaufe sich auf € 450.000,00. Überdies entgehe ein bedeutendes Referenzprojekt.

Der unmittelbar drohende Schaden könne nur verhindert werden, wenn sich der Antragsteller an einer berichtigten rechtskonformen Ausschreibung am Vergabeverfahren beteiligen könne. Dazu sei das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der dies ermögliche. Die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens sei die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Zur Abwendung des drohenden Schadens sei jedenfalls die Untersagung der Öffnung der LBO erforderlich. Da damit keine ex lege-Hemmung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verbunden sei und nach Ablauf der Angebotsfrist keine Legung eines LBO auf Basis der allenfalls zu berichtigenden Ausschreibung möglich sei, müsse auch der Fort- bzw Ablauf der Angebotsfrist gehemmt werden. Ein Auftrag an den Auftraggeber zur Verlängerung der Angebotsfrist sei durch Art. 2 Abs 1 lit. a der Rechtsmittelrichtlinie gedeckt. Da der Auftraggeber ein Nachprüfungsverfahren bei seiner Zeitplanung einzukalkulieren habe, müsse die Interessensabwägung zu Gunsten des Antragstellers ausgehen. Überwiegende gegenteilige öffentliche Interessen stünden der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht entgegen. Der unmittelbar drohende Schaden könne nur verhindert werden, wenn sich der Antragsteller an einer berichtigten rechtskonformen Ausschreibung am Vergabeverfahren beteiligen könne. Dazu sei das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der dies ermögliche. Die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens sei die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Zur Abwendung des drohenden Schadens sei jedenfalls die Untersagung der Öffnung der LBO erforderlich. Da damit keine ex lege-Hemmung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verbunden sei und nach Ablauf der Angebotsfrist keine Legung eines LBO auf Basis der

allenfalls zu berichtigenden Ausschreibung möglich sei, müsse auch der Fort- bzw Ablauf der Angebotsfrist gehemmt werden. Ein Auftrag an den Auftraggeber zur Verlängerung der Angebotsfrist sei durch Artikel 2, Absatz eins, Litera a, der Rechtsmittelrichtlinie gedeckt. Da der Auftraggeber ein Nachprüfungsverfahren bei seiner Zeitplanung einzukalkulieren habe, müsse die Interessensabwägung zu Gunsten des Antragstellers ausgehen. Überwiegende gegenteilige öffentliche Interessen stünden der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht entgegen.

Mit Schriftsatz vom 6.7.2011 legte der Auftraggeber den Vergabeakt vor und teilte mit, dass der gegenständliche Lieferauftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werde. Eine entsprechende europaweite und österreichweite Bekanntmachung sei im November 2010 erfolgt. Die Abgabefrist für die Teilnahmeanträge habe am 20.12.2010 geendet. Mehrere Bewerber seien in der Folge zur Abgabe eines Erstangebotes eingeladen worden. Nach Legung der Erstangebote seien zwei Verhandlungsrunden und eine Teststellung der angebotenen Produkte durchgeführt worden. Nach Abschluss der Verhandlungen seien die Bieter am 17.6.2011 zur Abgabe eines LBO eingeladen worden. Die Abgabefrist endete mit 4.7.2011, 10.00 Uhr. Sämtliche Bieter, darunter auch der Antragsteller, hätten ein Letztangebot abgegeben. Diese seien noch nicht geöffnet worden. Im Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag noch der Widerruf erfolgt. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes seien nur Unterlassungen als anfechtbare "Entscheidungen" zu werten, die einen solchen Erklärungswert besitzen würden, dass sie als selbstständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würden. An einem solchen Rechtsschutzbedürfnis fehle es dem Antragsteller. Er habe es verabsäumt, die Einladung zum LBO anzufechten. Außerdem würde auch bei Nichtigerklärung der angefochtenen Unterlassungen die Einladung zum LBO nicht im Sinne des Antragstellers geändert werden.

Mit einer Qualifizierung der Mitteilung des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung würde die Präklusionsfrist für die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen umgangen. Der Auftraggeber wäre in diesem Fall gezwungen, die Ausschreibungsunterlagen zu ändern. Das Rechtsschutzsystem des Bundesvergabegesetzes sehe nur die Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers vor. Der Auftraggeber könne aber nicht zu einem positiven Tun von einem Teilnehmer am Vergabeverfahren gezwungen werden. Dem Antragsteller fehle es am Rechtsschutzinteresse zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen. Die Festlegungen zur Ladung eines LBO seien zwischenzeitig bestandsfest geworden, zumal deren Nichtigerklärung vom Antragsteller nicht beantragt worden sei. Diese würden auch bei Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidungen weiter gelten. Der Antragsteller versuche nun über die Nichtigerklärung einer Unterlassung, den Auftraggeber zu einer Berichtigung der Festlegungen in der Einladung zum LBO zu bewegen. Selbst bei einer Zurücknahme der angefochtenen Entscheidungen durch den Auftraggeber sei die Einladung zur Legung zum LBO weiterhin vom Antragsteller zu berücksichtigen. Nach der Judikatur des EuGH könnten Erfolgsaussichten zum Hauptantrag im Rahmen des Provisorialverfahrens berücksichtigt werden.

Durch die angefochtene Entscheidung sei dem Antragsteller weder ein Schaden entstanden, noch drohe ihm ein solcher zu entstehen. Der behauptete Schaden sei bereits durch die Bedingungen der am 17.6.2011 übermittelten Einladung zur Legung des LBO entstanden, die mangels Anfechtung bestandsfest geworden seien. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher jedenfalls nicht stattzugeben.

Außerdem handle es sich bei den Begehren zur Erlassungen der einstweiligen Verfügung nicht um das gelindeste Mittel zur Wahrung der Rechtsposition des Antragstellers. Dies wäre die Untersagung der Erteilung des Zuschlags. Die Anträge des Antragstellers seien daher jedenfalls ab- bzw. zurückzuweisen. Nach der Judikatur des VwGH sei ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Begehrens nicht möglich.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Die Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG
Die Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist laut Angaben des Auftraggebers als Lieferauftrag einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger

Bekanntmachung abgewickelt wird. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Im Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren können die Frage, ob es sich bei den vom Antragsteller bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidungen tatsächlich um gesondert anfechtbare Entscheidungen iSv § 2 Z 16 lit a sublit dd BVerG im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt bzw ob diese als selbstständige, nach außen in Erscheinung tretende Teilakte des Vergabeverfahrens ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen, nicht mit letzter Sicherheit geklärt und abschließend beantwortet werden. Es wird daher im Provisorialverfahren - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - vom Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung iSv § 2 Z 16 lit a sublit dd BVerG ausgegangen. Im Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren können die Frage, ob es sich bei den vom Antragsteller bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidungen tatsächlich um gesondert anfechtbare Entscheidungen iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVerG im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung handelt bzw ob diese als selbstständige, nach außen in Erscheinung tretende Teilakte des Vergabeverfahrens ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen, nicht mit letzter Sicherheit geklärt und abschließend beantwortet werden. Es wird daher im Provisorialverfahren - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - vom Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVerG ausgegangen.

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers kann im Provisorialverfahren auf Grund der Kürze der Entscheidungsfrist - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - jedenfalls nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller ein Rechtsschutzinteresse hat oder dem Antragsteller durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden entstanden ist oder droht. Da der Auftraggeber die Öffnung der LBO plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller nach Berichtigung und Verlängerung der Angebotsfrist mit der Legung eines LBO aus dem Vergabeverfahren als Bestbieter hervorgehen könnte, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch des Antragstellers auf Berichtigung und Verlängerung der Angebotsfrist kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Berichtigung und allfällige Verlängerung der Angebotsfrist ermöglicht.

Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen für den Fall, dass die Angebotsfrist für das LBO abläuft und die Öffnung der Angebote erfolgt, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVerG. Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen für den Fall, dass die Angebotsfrist für das LBO abläuft und die Öffnung der Angebote erfolgt, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVerG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVerG 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, BVerG 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.

Abgesehen von seinen Ausführungen zum Nichtvorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis, dem fehlenden Rechtsschutzinteresse des Antragstellers und dem fehlenden entstandenen und drohenden Schaden für den Antragsteller hat der Auftraggeber keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen bekannt. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014- BVA/04/2007-EV10 ua). Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspekts des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006- EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Abgesehen von seinen Ausführungen zum Nichtvorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, dem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis, dem fehlenden Rechtsschutzinteresse des Antragstellers und dem fehlenden entstandenen und drohenden Schaden für den Antragsteller hat der Auftraggeber keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen bekannt. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014- BVA/04/2007-EV10 ua). Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspekts des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006- EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der

einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Bei der beantragten Untersagung der Öffnung der Angebote (LBO) und Hemmung des Fortlaufs der Angebotsfrist für das LBO handelt es sich im Vergleich zur beantragten Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv § 329 Abs 3 BVergG, zumal dem Auftraggeber dabei mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird. Soweit der Auftraggeber vorbringt, dass der Antragsteller nicht das gelindeste Mittel zur Wahrung seiner Rechtsposition - nämlich die Untersagung der Erteilung des Zuschlages - beantragt hätte, ist ihm entgegenzuhalten, dass im Fall einer - vom Antragsteller im Übrigen nicht beantragten - Untersagung der Zuschlagserteilung, wie dies vom Auftraggeber angeregt wird, dem Auftraggeber die Öffnung der bereits eingelangten Letztangebote ermöglichen würde. Damit könnte ein Verfahrensfortgang mit unumkehrbaren Tatsachen für den Antragsteller geschaffen werden. Bei der beantragten Untersagung der Öffnung der Angebote (LBO) und Hemmung des Fortlaufs der Angebotsfrist für das LBO handelt es sich im Vergleich zur beantragten Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 3, BVergG, zumal dem Auftraggeber dabei mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird. Soweit der Auftraggeber vorbringt, dass der Antragsteller nicht das gelindeste Mittel zur Wahrung seiner Rechtsposition - nämlich die Untersagung der Erteilung des Zuschlages - beantragt hätte, ist ihm entgegenzuhalten, dass im Fall einer - vom Antragsteller im Übrigen nicht beantragten - Untersagung der Zuschlagserteilung, wie dies vom Auftraggeber angeregt wird, dem Auftraggeber die Öffnung der bereits eingelangten Letztangebote ermöglichen würde. Damit könnte ein Verfahrensfortgang mit unumkehrbaren Tatsachen für den Antragsteller geschaffen werden.

Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Zuletzt aktualisiert am

21.09.2011

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