

TE Verg Bescheid 2010/11/9 N/0094-BVA/07/2010-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.11.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

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 Bundesvergabegesetz 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 § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Baumeisterarbeiten" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über Antrag der Arbeitsgemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X***, vom 2. November 2010, 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 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Baumeisterarbeiten" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien, über Antrag der Arbeitsgemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X***, vom 2. November 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin untersagen, bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, dem Angebot der D***, (Nettoangebotssumme Euro XXX) den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin untersagen, bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, dem Angebot der D***, (Nettoangebotssumme Euro römisch 30) den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft mbH wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Baumeisterarbeiten" dem Angebot der D***, (Nettoangebotssumme Euro XXX) den Zuschlag zu erteilen. Dem Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft mbH wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Baumeisterarbeiten" dem Angebot der D***, (Nettoangebotssumme Euro römisch 30) den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Arbeitsgemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), brachte mit Schriftsatz vom 2. November 2010 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch wiedergegebenen Begehren sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung ein. Weiters wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt.

Inhaltlich brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber betreffend das Bauvorhaben Montecuccoli-Kaserne in Güssing einen Bauauftrag im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich betreffend Baumeisterarbeiten ausgeschrieben habe. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Der Gesamtpreis sei mit 98% und die angebotene Gewährleistungsfrist mit 2% gewichtet.

Die Antragstellerin habe ein den Ausschreibungsanforderungen entsprechendes Angebot, welches das preislich günstigste gewesen sei, gelegt. Mit Telefax des Auftraggebers vom 22.10.2010 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die D***, zu erteilen. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe sich auf Euro XXX (ohne USt) belaufen. Der Angebotspreis der Antragstellerin (ohne USt) betrage Euro XXX. Weiters sei mit diesem Telefax vom 22.10.2010 der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen sei. Die Antragstellerin habe ein den Ausschreibungsanforderungen entsprechendes Angebot, welches das preislich günstigste gewesen sei, gelegt. Mit Telefax des Auftraggebers vom 22.10.2010 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die D***, zu erteilen. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe sich auf Euro römisch 30 (ohne USt) belaufen. Der Angebotspreis der Antragstellerin (ohne USt) betrage Euro römisch 30. Weiters sei mit diesem Telefax vom 22.10.2010 der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen sei.

Begründet sei die Ausscheidensentscheidung damit, dass nach erfolgter Angebotsprüfung und Durchführung eines Aufklärungsgespräches am 8.10.2010 feststehe, dass insbesondere hinsichtlich der Positionen 012001C - Entsorgen Bodenaushub kontaminiert, 0323010 - Gelände abgraben, 070102A - Sauberkeitsschicht C12/15, 070301K - Beton Decke sowie 112202A - Dampfbremssfolie Polyethylen 0,2 mm verklebt keine betriebswirtschaftlich rechtfertigende Kalkulation dargelegt worden sei. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 2.11.2010 angegeben worden. Die Ausscheidensentscheidung und daraus resultierend auch die Zuschlagsentscheidung seien jedoch rechtswidrig:

Soweit der Auftraggeber bezüglich der Positionen 012001C und 0323010 die Auffassung vertrete, dass es keine wirtschaftlich rechtfertigende Erklärung darstelle, wenn darauf verwiesen werde, dass gleiche Leistungen von unterschiedlichen Abteilungen kalkuliert worden seien und es deshalb zu unterschiedlichen Preisbildungen der gleichen Positionen gekommen sei, so sei ihm zu entgegnen, dass die Antragstellerin im kommissionellen Aufklärungsgespräch explizit darauf hingewiesen habe, dass andere Bereichsabteilungen, nämlich Hochbau und Tiefbau, in die Kalkulation eingebunden gewesen seien. Jedes Mitglied der Bietergemeinschaft verfüge über eine separate Hochbauabteilung sowie eine separate Tiefbauabteilung. Diese Abteilungen seien kaufmännisch selbständig. Im konkreten Fall hätten die Hochbauabteilungen der Mitglieder der Bietergemeinschaft sämtliche Tiefbauabteilungen um Angebote für die Durchführung bestimmter positionsgegenständlicher Leistungen ersucht. Die Antragstellerin habe schließlich jeweils den günstigsten der von den einzelnen Tiefbauabteilungen angebotenen Preise für einen Teil der positionsgegenständlichen Leistungen angeboten. Der andere Teil der positionsgegenständlichen Leistungen sei von den Hochbauabteilungen kalkuliert und angeboten worden. Diese Splittung der positionsgegenständlichen Leistungen sei damit zu erklären, dass es sich diesbezüglich um Leistungen handle, die nicht ausschließlich mit den Ressourcen der Hochbauabteilungen erbracht werden könnten bzw in die Kernkompetenz der Tiefbauabteilungen fielen. Zum Vorwurf, dass in Position 070301K für die gleiche Leistung ein anderer Positionspreis in der Hauptgruppe

03 als in den übrigen Hauptgruppen genannt werde, sei auszuführen dass diese sachlich begründete Ungleichbehandlung daraus resultiere, dass sich der angebotene Preis auf die ausgeschriebene Menge beziehe, die im Bauteil 3 ausgeführt werden sollte. Im Unterschied zu den anderen Hauptgruppen finde sich keine Eingrenzung der Deckenstärke. Im übrigen finde sich im BVergG, insbesondere in § 125, keine Regelung, dass gleiche Positionen auch gleiche Preise aufweisen müssten. Hinsichtlich der Positionen 070102A und 112202A werde vom Auftraggeber behauptet, dass ein Eingabefehler gemacht worden sei, so dass der entsprechende Positionspreis in der Hauptgruppe und damit auch das Gesamtangebot falsch seien. Die Antragstellerin habe jedoch im kommissionellen Aufklärungsgespräch den angebotenen Einheitspreis ausdrücklich als richtig anerkannt. Weiters handle es sich bei beiden Positionen um unwesentliche Positionen, die nach der Judikatur nicht ins letzte Detail plausibel kalkuliert sein müssten. Soweit der Auftraggeber bezüglich der Positionen 012001C und 0323010 die Auffassung vertrete, dass es keine wirtschaftlich rechtfertigende Erklärung darstelle, wenn darauf verwiesen werde, dass gleiche Leistungen von unterschiedlichen Abteilungen kalkuliert worden seien und es deshalb zu unterschiedlichen Preisbildungen der gleichen Positionen gekommen sei, so sei ihm zu entgegnen, dass die Antragstellerin im kommissionellen Aufklärungsgespräch explizit darauf hingewiesen habe, dass andere Bereichsabteilungen, nämlich Hochbau und Tiefbau, in die Kalkulation eingebunden gewesen seien. Jedes Mitglied der Bietergemeinschaft verfüge über eine separate Hochbauabteilung sowie eine separate Tiefbauabteilung. Diese Abteilungen seien kaufmännisch selbständig. Im konkreten Fall hätten die Hochbauabteilungen der Mitglieder der Bietergemeinschaft sämtliche Tiefbauabteilungen um Angebote für die Durchführung bestimmter positionsgegenständlicher Leistungen ersucht. Die Antragstellerin habe schließlich jeweils den günstigsten der von den einzelnen Tiefbauabteilungen angebotenen Preise für einen Teil der positionsgegenständlichen Leistungen angeboten. Der andere Teil der positionsgegenständlichen Leistungen sei von den Hochbauabteilungen kalkuliert und angeboten worden. Diese Splittung der positionsgegenständlichen Leistungen sei damit zu erklären, dass es sich diesbezüglich um Leistungen handle, die nicht ausschließlich mit den Ressourcen der Hochbauabteilungen erbracht werden könnten bzw in die Kernkompetenz der Tiefbauabteilungen fielen. Zum Vorwurf, dass in Position 070301K für die gleiche Leistung ein anderer Positionspreis in der Hauptgruppe 03 als in den übrigen Hauptgruppen genannt werde, sei auszuführen dass diese sachlich begründete Ungleichbehandlung daraus resultiere, dass sich der angebotene Preis auf die ausgeschriebene Menge beziehe, die im Bauteil 3 ausgeführt werden sollte. Im Unterschied zu den anderen Hauptgruppen finde sich keine Eingrenzung der Deckenstärke. Im übrigen finde sich im BVergG, insbesondere in Paragraph 125,, keine Regelung, dass gleiche Positionen auch gleiche Preise aufweisen müssten. Hinsichtlich der Positionen 070102A und 112202A werde vom Auftraggeber behauptet, dass ein Eingabefehler gemacht worden sei, so dass der entsprechende Positionspreis in der Hauptgruppe und damit auch das Gesamtangebot falsch seien. Die Antragstellerin habe jedoch im kommissionellen Aufklärungsgespräch den angebotenen Einheitspreis ausdrücklich als richtig anerkannt. Weiters handle es sich bei beiden Positionen um unwesentliche Positionen, die nach der Judikatur nicht ins letzte Detail plausibel kalkuliert sein müssten.

Für sämtliche im Schreiben des Auftraggebers vom 22.10.2010 relevanten Gründe gelte, dass der Auftraggeber keine weitergehenden Fragen gestellt habe, so dass in diesem Zusammenhang nicht von einer ordnungsgemäßen vertieften Angebotsprüfung im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG ausgegangen werden könnte. Für sämtliche im Schreiben des Auftraggebers vom 22.10.2010 relevanten Gründe gelte, dass der Auftraggeber keine weitergehenden Fragen gestellt habe, so dass in diesem Zusammenhang nicht von einer ordnungsgemäßen vertieften Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ausgegangen werden könnte.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Verbleib ihres Angebotes im Vergabeverfahren, auf Erteilung des Zuschlages an dieses Angebot sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzesgemäßen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Transparenz der Zuschlagsentscheidung und auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt.

Der Antragstellerin drohe bei Entgang des Auftrages ein beträchtlicher Schaden in Gestalt des ihr entgehenden angemessenen Gewinnes und der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten (Erfüllungsinteresse) sowie der Entgang eines wichtigen Referenzprojektes. Auch die beschäftigungsmäßige Auslastung im Betrieb sei gefährdet.

Die Antragstellerin habe ein erhebliches Interesse am Vertragsabschluss. Um den ihr drohenden Schaden abzuwenden, sei die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung notwendig.

Mit Schriftsatz vom 5.11.2010 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber

sei die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien. Vergebende Stelle sei die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen, Region NÖ, Bgld, OÖ, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien. Das Vergabeverfahren sei am 2.7.2010 im Lieferanzeiger bekannt gemacht worden. Eine EU-weite Bekanntmachung sei am 1.7.2010 abgesandt worden. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, CPV-Code 45210000. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens belaufe sich auf Euro XXX,-- (ohne USt), der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses belaufe sich auf Euro XXX,-- (ohne USt). Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 11.8.2010 erfolgt. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers betrage Euro XXX (ohne USt), jener der Antragstellerin Euro XXX (ohne USt). Die Zuschlagsentscheidung sei mit Telefax vom 22.10.2010 mitgeteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei mittels Telefax vom 22.10.2010 ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht bekannt gegeben worden, das Verfahren sei nicht widerrufen worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden. Mit Schriftsatz vom 5.11.2010 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien. Vergebende Stelle sei die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen, Region NÖ, Bgld, OÖ, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien. Das Vergabeverfahren sei am 2.7.2010 im Lieferanzeiger bekannt gemacht worden. Eine EU-weite Bekanntmachung sei am 1.7.2010 abgesandt worden. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, CPV-Code 45210000. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens belaufe sich auf Euro römisch 30 ,-- (ohne USt), der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses belaufe sich auf Euro römisch 30 ,-- (ohne USt). Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 11.8.2010 erfolgt. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers betrage Euro römisch 30 (ohne USt), jener der Antragstellerin Euro römisch 30 (ohne USt). Die Zuschlagsentscheidung sei mit Telefax vom 22.10.2010 mitgeteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei mittels Telefax vom 22.10.2010 ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht bekannt gegeben worden, das Verfahren sei nicht widerrufen worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Inhaltlich brachte der Auftraggeber zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung im Wesentlichen vor, dass sowohl die Interessen des Auftraggebers als auch die besonderen öffentlichen Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens den Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung bei weitem überwiegen würden. Die rechtzeitige Fertigstellung des Kasernenbaues liege im Kernbereich des öffentlichen Interesses zur Herstellung, Wahrung und Verbesserung der äußeren Sicherheit und Verteidigung. Die gegenständlich ausgeschriebenen Arbeiten würden diesen öffentlichen Interessen dienen und seien dringend durchzuführen. Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung würde zu erheblichen Verzögerungen führen und die Wahrung des betroffenen öffentlichen Interesses überproportional beeinträchtigen.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Auftrag wurde am 1.7.2010 zur Bekanntmachung im Amtsblatt der EG abgesandt und am 2.7.2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Bei der ausgeschriebenen Leistung "Baumeisterarbeiten" handelt es sich um ein Los eines Gesamtbauvorhabens. Der geschätzte Auftragswert exkl. USt des verfahrensgegenständlichen Loses beläuft sich auf Euro XXX,--. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf ca. Euro XXX Mio. ohne USt (laut Angaben des Auftraggebers). Der gegenständliche Auftrag wurde am 1.7.2010 zur Bekanntmachung im Amtsblatt der EG abgesandt und am 2.7.2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Bei der ausgeschriebenen Leistung "Baumeisterarbeiten" handelt es sich um ein Los eines Gesamtbauvorhabens. Der geschätzte Auftragswert exkl. USt des verfahrensgegenständlichen Loses beläuft sich auf Euro römisch 30 ,--. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf ca. Euro römisch 30 Mio. ohne USt (laut Angaben des Auftraggebers).

Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Auftraggeber ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien; vergebende Stelle ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen - Region NÖ, Bgld., OÖ, Hinter Zollamtsstraße 1, 1031 Wien.

Die Angebotsöffnung fand am 11.8.2010, 13.00 Uhr, statt. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wies einen Angebotspreis in Höhe von Euro XXX (ohne USt) auf. Das Angebot der Antragstellerin betrug Euro XXX (ohne USt)

und ist das preislich günstigste. Die Angebotsöffnung fand am 11.8.2010, 13.00 Uhr, statt. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wies einen Angebotspreis in Höhe von Euro römisch 30 (ohne USt) auf. Das Angebot der Antragstellerin betrug Euro römisch 30 (ohne USt) und ist das preislich günstigste.

Die Zuschlagsentscheidung sowie die Ausscheidensentscheidung wurden der Antragstellerin mittels Telefax vom 22.10.2010 übermittelt.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16; 15.6.2010, N/0038-BVA/10/2010-44; 22.6.2010, N/0050-BVA/09/2010-EV11 uva). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 7.4.2010, N/0012-BVA/12/2010-16; 15.6.2010, N/0038-BVA/10/2010-44; 22.6.2010, N/0050-BVA/09/2010-EV11 uva).

Der geschätzte Auftragswert exkl. USt des verfahrensgegenständlichen Loses beläuft sich auf Euro XXX,--. Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert exkl. USt des verfahrensgegenständlichen Loses beläuft sich auf Euro römisch 30 ,--. Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich vergeben werden soll.

Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen (Ausscheiden ihres Angebotes und Zuschlagsentscheidung) handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Bei den von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidungen (Ausscheiden ihres Angebotes und Zuschlagsentscheidung) handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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

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

einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

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

Nach § 329 Abs 4 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die D***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die D***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden sowie der Verlust eines Referenzprojektes drohe. Der Auftraggeber brachte vor, dass die Interessen des Auftraggebers sowie das besondere öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens die Interessen der Antragstellerin bei weitem überwiegen würden. Die rechtzeitige Fertigstellung des Bauvorhabens sei zur Wahrung der äußeren Sicherheit und Verteidigung unabdingbar. Eine zeitliche Verzögerung der Fertigstellung würde das besondere öffentliche Interesse überproportional beeinträchtigen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung soll dazu dienen, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungswerber sicher zu stellen.

Der drohende Schaden ist (lediglich) glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan. Darüber hinaus ist es evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang sowie von Aufwendungen für die Angebotserstellung droht.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044- BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044- BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051- BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051- BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs - wie vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 5.11.2010 vorgebracht - lassen weder das vom Auftraggeber in Anspruch genommene Verfahren (offenes Verfahren, keine Wahl eines beschleunigten Verfahrens) noch die Tatsache, dass es vom Zeitpunkt der Angebotsöffnung bis zur Bekanntmachung der Vergabeentscheidung mehr als 2 Monate dauerte, erkennen. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass in der Ausschreibung dem Kriterium "Verkürzung der Bauzeit" keine Bedeutung beigemessen wurde, weshalb kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Bauvorhabens gesehen werden kann.

Bei einer zeitlichen Verzögerung des Projektes von 6 Wochen ist nicht davon auszugehen, dass die äußere Sicherheit der Republik gefährdet wäre. Überdies besteht die Möglichkeit einer Forcierung der Arbeiten nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens.

Wollte man allein aufgrund der Tatsache einer zeitlichen Verzögerung des Beschaffungsvorgang aufgrund der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein Überwiegen der Interessen des Auftraggebers gegenüber den Interessen des Antragstellers ableiten, würde dies zu einer Sinnentleerung des genannten Rechtsinstitutes führen und käme die Erlassung einer vorläufigen Sicherungsmaßnahme nie in Betracht.

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

19.01.2011

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