

TE Verg Bescheid 2010/9/20 N/0078-BVA/09/2010-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.09.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 § 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 den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. September 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 den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2,

Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG), Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. September 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Untersagung des "Widerrufs" der gegenständlichen Ausschreibung wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft mbH wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" den Widerruf zu erklären.

Das darüber hinausgehende Begehren auf Untersagung der "Neuausschreibung der streitgegenständlichen Sicherheitstechnik" wird abgewiesen.

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

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 13. September 2010 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 13. September 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass sie der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger sei. Dies sei ihr mit Telefax des Auftraggebers vom 28. Juli 2010 mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei von der B*** angefochten worden.

Mit Telefax vom 1. September 2010 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass er beabsichtige, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen. Begründet worden sei dies damit, dass im LV in den OG 01 - 06 unter LG 21 die VdS-Anerkennung gemäß Klasse C gefordert sei. Das ausgeschriebene Leitprodukt M*** entspreche hingegen der VdS-Klasse B und erfülle daher nicht die geforderte Klassifizierung. Dies betreffe insbesondere die unter Pos. 2120A bis 2120D angeführten Zylinder. Es liege insofern ein Widerspruch in der Ausschreibung vor, der gegenwärtig keiner Berichtigung mehr zugänglich sei. Daher komme nur mehr ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Betracht.

Die Widerrufsentscheidung sei jedoch nach Ansicht der Antragstellerin mit Rechtswidrigkeit behaftet, da die angeführte Begründung den Auftraggeber nicht berechtige, die Ausschreibung zu widerrufen. Die Widerrufsentscheidung bzw. die angeführte Begründung würden keinem der in § 139 BVergG aufgezählten Gründen entsprechen. Dem Auftraggeber sei bereits bei der Ausschreibung bekannt gewesen bzw. musste diesem bekannt gewesen sein, dass Offline-Zutrittskontrollsysteme wie das in der Ausschreibung festgehaltene Leitprodukt generell nicht nach VdS-Klasse C anerkannt würden, sondern dies ausschließlich bei Online-Zutrittskontrollsystemen der Fall sei. Selbst bei diesen sei dies nur der Fall, wenn eine Fülle weiterer technischer Auflagen erfüllt würde. Die Widerrufsentscheidung sei jedoch nach Ansicht der Antragstellerin mit Rechtswidrigkeit behaftet, da die angeführte Begründung den Auftraggeber nicht berechtige, die Ausschreibung zu widerrufen. Die Widerrufsentscheidung bzw. die angeführte Begründung würden keinem der in Paragraph 139, BVergG aufgezählten Gründen entsprechen. Dem Auftraggeber sei bereits bei der Ausschreibung bekannt gewesen bzw. musste diesem bekannt gewesen sein, dass Offline-Zutrittskontrollsysteme wie das in der Ausschreibung festgehaltene Leitprodukt generell nicht nach VdS-Klasse C anerkannt würden, sondern dies ausschließlich bei Online-Zutrittskontrollsystemen der Fall sei. Selbst bei diesen sei dies nur der Fall, wenn eine Fülle weiterer technischer Auflagen erfüllt würde.

Festzuhalten sei, dass in der Leistungsbeschreibung eindeutig ein Offline-Zutrittskontrollsystem mit dem Leitfabrikat M*** beschrieben worden sei. Es könnten daher keine Umstände vorliegen, die den Auftraggeber dazu bewogen hätten, eine wesentlich andere Ausschreibung zu verfassen oder von der Ausschreibung überhaupt abzusehen. Bereits aufgrund der technischen Gegebenheiten sei für alle qualifizierten Bieter aus dem LV eindeutig ersichtlich gewesen, dass der Auftraggeber ein Offline-Zutrittskontrollsystem beschrieben habe und es somit für sämtliche Bieter technisch unmöglich gewesen wäre, ein solches Zutrittskontrollsystem nach VdS-Klasse C anzubieten. Ein Widerspruch könne für die Bieter nicht vorgelegen haben, da diese - wie auch die Antragstellerin - von den technischen Gegebenheiten unterrichtet gewesen seien. Durch die Angabe des Leitproduktes M*** könne für keinen spezialisierten Anbieter ein Widerspruch entstanden sein, insbesondere könnten die Angabe des Leitproduktes M***

bzw. die Ausschreibung eines Offline- Systems nach der VdS-Klasse C keinen Einfluss auf die Kalkulation und Preisgestaltung der Bieter und somit auch keinen Einfluss auf das Ergebnis der Ausschreibung gehabt haben. Da keinem der Bieter ein Widerspruch in der Ausschreibung aufgefallen sei, sei diese unangefochten geblieben und somit bestandsfest geworden.

Wenn bei Auslegung der Ausschreibung bzw. des LV eindeutig erkennbar sei, anhand welcher Kriterien die Angebote zu legen seien, sei es irrelevant, ob ein etwaiger Widerspruch vorhanden sein sollte, da eine Ausschreibung nach den § 914ff ABGB auszulegen sei. Ein etwaiger Widerspruch in der Ausschreibung wäre bereits vor Ende der Angebotsfrist "anzupassen" gewesen. Selbst bei Vorliegen des Widerspruchs sei der Wille des Auftraggebers eindeutig ersichtlich gewesen und habe die Ausschreibung auch den geforderten Mindestkriterien einer Ausschreibung entsprochen. Wenn bei Auslegung der Ausschreibung bzw. des LV eindeutig erkennbar sei, anhand welcher Kriterien die Angebote zu legen seien, sei es irrelevant, ob ein etwaiger Widerspruch vorhanden sein sollte, da eine Ausschreibung nach den Paragraph 914 f, f, ABGB auszulegen sei. Ein etwaiger Widerspruch in der Ausschreibung wäre bereits vor Ende der Angebotsfrist "anzupassen" gewesen. Selbst bei Vorliegen des Widerspruchs sei der Wille des Auftraggebers eindeutig ersichtlich gewesen und habe die Ausschreibung auch den geforderten Mindestkriterien einer Ausschreibung entsprochen.

Es würden somit keine zwingenden Gründe vorliegen, die zu einem Widerruf der Ausschreibung führen würden. Auch würden keine sachlichen Gründe vorliegen, die einen Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen könnten. Es sei zwar richtig, dass von der Judikatur keine zwingenden Gründe für einen Widerruf gefordert seien, allerdings müssten Widerrufsgründe dermaßen schwerwiegend sein, dass sie einen Widerruf sachlich rechtfertigen könnten. Aufgrund der eindeutig gefassten Ausschreibung und den gelegten Angeboten sei davon auszugehen, dass ein Widerruf des Verfahrens nicht notwendig sei. Dem Auftraggeber würden keine schwerwiegenden Nachteile drohen, wenn die Ausschreibung nicht widerrufen würde. Der Auftraggeber dürfe einen Widerruf nicht nach freiem Ermessen erklären. Die Widerrufsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Die Untersagung der Widerrufserklärung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber ansonsten unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen würden. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung in der Regel zu erlassen sei. Im Übrigen werde auf den Bescheid des BVA zu GZ N/0068- BVA/09/2010-EV15 verwiesen, in dem ausgeführt worden sei, dass dem Auftraggeber durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung keine Nachteile entstehen würden. Der Auftraggeber habe eine Zeitverzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren in Kauf zu nehmen. Eine besondere Dringlichkeit zur Erklärung des Widerrufs sei nicht erkennbar und bestehe eine solche auch nicht. Gegenständlich würde das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung andere Interessen bei Weitem überwiegen. Die Antragstellerin habe nach wie vor großes Interesse am Erhalt des Auftrages. Infolge eines Widerrufs der Ausschreibung würde der Antragstellerin ein erheblicher Verdienstentgang entstehen. Die Antragstellerin sei bestrebt, entsprechende Deckungsbeiträge zu erwirtschaften und die Vollbeschäftigung ihrer Mitarbeiter zu sichern. Auch die Kosten für die Erstellung des Angebots wären frustriert. Auch seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung angefallen. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Der Auftraggeber gab zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Auftrag wurde am 25. November 2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und am 24. November 2009 im Amtsblatt der EG (ZI 2009/S 228-327430) bekannt gemacht. Bei der ausgeschriebenen Leistung "Sicherheitstechnik" handelt es sich um ein Los eines Gesamtbauvorhabens. Der geschätzte Auftragswert exkl. Ust. des verfahrensgegenständlichen Loses beläuft sich auf Euro XXXX Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf ca. Euro XXXX ohne USt (Angaben des Auftraggebers). Der gegenständliche Auftrag wurde am 25. November 2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger und am 24. November 2009 im Amtsblatt der EG (ZI 2009/S 228-327430) bekannt gemacht. Bei der ausgeschriebenen Leistung "Sicherheitstechnik" handelt es sich um ein Los eines

Gesamtbauvorhabens. Der geschätzte Auftragswert exkl. Ust. des verfahrensgegenständlichen Loses beläuft sich auf Euro römisch 40 Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf ca. Euro römisch 40 ohne USt (Angaben des Auftraggebers).

Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (Anm: Gesamtvorhaben), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich (Anmerkung, Gesamtvorhaben), 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, 1030 Wien.

Die Angebotsöffnung fand am 18.1.2010, 11.00 Uhr, statt. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Anm: nunmehrige Antragstellerin) wies einen Angebotspreis ohne Ust. in Höhe von Euro XXXX auf. Der Angebotspreis der B*** betrug ohne Ust. Euro XXXX. Die Angebotsöffnung fand am 18.1.2010, 11.00 Uhr, statt. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Anmerkung, nunmehrige Antragstellerin) wies einen Angebotspreis ohne Ust. in Höhe von Euro römisch 40 auf. Der Angebotspreis der B*** betrug ohne Ust. Euro römisch 40.

Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern seitens der vergebenden Stelle per Telefax vom 28.7.2010 übermittelt. Darin wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die A***, zu erteilen. Die Vergabesumme betrage Euro XXXX zzgl. Ust. Begründet wurde die Zuschlagsentscheidung damit, dass die A*** unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Gesamtpreis, 98% und Gewährleistung, 2%) als Bestbieter ermittelt worden sei. Die Stillhaltefrist endete am 11.8.2010. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern seitens der vergebenden Stelle per Telefax vom 28.7.2010 übermittelt. Darin wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die A***, zu erteilen. Die Vergabesumme betrage Euro römisch 40 zzgl. Ust. Begründet wurde die Zuschlagsentscheidung damit, dass die A*** unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien (Gesamtpreis, 98% und Gewährleistung, 2%) als Bestbieter ermittelt worden sei. Die Stillhaltefrist endete am 11.8.2010.

Die Zuschlagsentscheidung wurde von der B*** mit Nachprüfungsantrag vom 9.8.2010 bekämpft. Mit Schriftsatz vom 11.8.2010 wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 17.8.2010, GZ N/0068-BVA/09/2010- EV15, wurde dem Antrag stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0068- BVA/09/2010 untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Das Nachprüfungsverfahren zu N/0068-BVA/09/2010 ist noch nicht beendet, die erlassene einstweilige Verfügung ist noch aufrecht.

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 1. September 2010 wurde die Widerrufsentscheidung bekannt gegeben. Diese hat auszugsweise folgenden Inhalt:

[...]. Es ist beabsichtigt, die Ausschreibung "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" gemäß § 139 BVergG aus folgendem Grund zu widerrufen:[...]. Es ist beabsichtigt, die Ausschreibung "7540 Güssing, Kasernenstraße 17, Montecuccoli-Kaserne - Sicherheitstechnik" gemäß Paragraph 139, BVergG aus folgendem Grund zu widerrufen:

Im Leistungsverzeichnis wird in den OG 01 bis 06 unter LG 21 Z jeweils die VdS-Anerkennung gemäß Klasse C gefordert. Das ausgeschriebene Leitprodukt M*** entspricht hingegen der VdS-Klasse B und erfüllt daher nicht die geforderte Klassifizierung. Dies betrifft insbesondere die unter Position 2120 A bis 2120 D angeführten Zylinder. Es liegt insofern ein Widerspruch in der Ausschreibung vor, der gegenwärtig keiner Berichtigung mehr zugänglich ist und kommt daher nur mehr ein Widerruf des Vergabeverfahrens in Betracht.

Die Stillhaltefrist gemäß § 140 BVergG 2006 endet am 15.09.2010. [.....]Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 140, BVergG 2006 endet am 15.09.2010. [.....].

Mit Schriftsatz vom 13. September 2010 beantragte die A*** die Nichtigkeitsklärung der Widerrufsentscheidung und stellte einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

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; 17.8.2010, N/0068-BVA/09/2010-EV15 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; 17.8.2010, N/0068-BVA/09/2010-EV15 uva).

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei ca Euro XXXX. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Sicherheitstechnik" beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro XXXX. Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren zunächst davon aus, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um ein Los eines Gesamtbauvorhabens, nämlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, handelt und somit die Bestimmungen für Verfahren im Oberschwellenbereich anzuwenden sind (vgl § 12 Abs 1 Z 3 iVm § 14 Abs 1 und Abs 3 erster Satz BVergG).Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei ca Euro römisch 40 . Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Gewerkes "Sicherheitstechnik" beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro römisch 40 . Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren zunächst davon aus, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um ein Los eines Gesamtbauvorhabens, nämlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, handelt und somit die Bestimmungen für Verfahren im Oberschwellenbereich anzuwenden sind vergleiche Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 14, Absatz eins und Absatz 3, erster Satz BVergG).

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Widerrufsentscheidung) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG.Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Entscheidung (Widerrufsentscheidung) handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 13.9.2010 eingebracht und ist als rechtzeitig zu qualifizieren.

Es ist eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, eine Widerrufserklärung ist nicht erfolgt. Der Zuschlag wurde nicht erteilt. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Anwendbare Rechtslage:römisch zwei. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4.3.2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (siehe § 345 Abs 14 Z 1 BVergG).Das Bundesvergabegesetz 2006 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4.3.2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag, somit am 5.3.2010, in Kraft getreten (siehe Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVergG).

Gemäß § 345 Abs 14 Z 2 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BundesgesetzesBGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen.Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 eingeleitet wurde (Anm: die Bekanntmachung erfolgte im November 2009), die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim Bundesvergabeamt am 13.9.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) anzuwenden (vgl auch BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010-EV10; 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14; 16.8.2010, N/0064-BVA/08/2010-18EV; 16.8.2010, N/0067-BVA/02/2010-EV6 uva). Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, welches vor Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, eingeleitet wurde (Anmerkung, die Bekanntmachung erfolgte im November 2009), die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5.3.2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim Bundesvergabeamt am 13.9.2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) anzuwenden vergleiche auch BVA 14.4.2010, N/0029-BVA/14/2010-EV10; 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14; 16.8.2010, N/0064-BVA/08/2010-18EV; 16.8.2010, N/0067-BVA/02/2010-EV6 uva).

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch drei. 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 Nichtigkeitserklärung 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 Nichtigkeitserklärung 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 nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Widerruf zu erklären (die Ausschreibung zu widerrufen). Die Erklärung des Widerrufs der Ausschreibung wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin revidierten 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 vorläufige Untersagung der Erklärung des Widerrufs 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 Widerrufserklärung verhindert und eine spätere 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 nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Widerruf zu erklären (die Ausschreibung zu widerrufen). Die Erklärung des Widerrufs der Ausschreibung wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin revidierten 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 vorläufige Untersagung der Erklärung des Widerrufs 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 Widerrufserklärung verhindert und eine spätere allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden sowie eine Minderauslastung ihres Personals drohen. Ausserdem seien die Kosten der Angebotserstellung frustriert und bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung angefallen. Der Auftraggeber gab zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

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 entsprechenden Art und Weise getan. Davon abgesehen ist evident, dass jedem Bieter bei Widerruf des Vergabeverfahrens ein Schaden in Form von Gewinnentgang sowie von frustrierten Aufwendungen für die Angebotserstellung und die rechtsfreundliche Vertretung entsteht bzw zu entstehen droht.

Im gegebenen Zusammenhang ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitserklärung 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.). Im gegebenen Zusammenhang ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitserklärung 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.). Dies gilt - da das Gesetz je nach Verfahrensstadium eigenständige gesondert anfechtbare Entscheidungen vorsieht - auch für die Möglichkeit der Zeitverzögerung aufgrund mehrerer Nachprüfungsverfahren bzw. Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs läßt das bisher vom Auftraggeber in Anspruch genommene Zeitausmaß von mehr als 7 Monaten (Anm: Öffnung der Angebote am 18.1.2010, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 28.7.2010; Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung am 1.9.2010) nicht erkennen. Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs läßt das bisher vom Auftraggeber in Anspruch genommene Zeitausmaß von mehr als 7 Monaten Anmerkung, Öffnung der Angebote am 18.1.2010, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 28.7.2010; Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung am 1.9.2010) nicht erkennen.

Ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, wurde weder vorgebracht noch ist dem Senatsvorsitzenden ein solches erkennbar.

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 Erklärung des Widerrufs der Ausschreibung ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Aufgrund der (befristeten) Untersagung der Erklärung des Widerrufs der gegenständlichen Ausschreibung "Sicherheitstechnik" ist es dem Auftraggeber (für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens) verwehrt, die idente Leistung erneut auszuschreiben. Der entsprechende Antrag der Antragstellerin war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

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