

TE Verg Bescheid 2010/2/1 N/0006-BVA/09/2010-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.02.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2010, GZ 6396/2009; DOP 2010", des Auftraggebers Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1025 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. Jänner 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26. Jänner 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2010, GZ 6396 aus 2009,;

DOP 2010", des Auftraggebers Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, 1025 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. Jänner 2010, beim Bundesvergabebeamten eingelangt am 26. Jänner 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Eventualantrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin durch Erlassung einer Einstweiligen Verfügung untersagen, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die gesetzliche Höchstdauer, eine Angebotsöffnung durchzuführen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 9. März 2010, untersagt, im Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2010, GZ 6396/2009; DOP 2010", die Angebote zu öffnen. Dem Auftraggeber, Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 9. März 2010, untersagt, im Vergabeverfahren "Digitale Luftbilder und digitale Orthophotos 2010, GZ 6396 aus 2009,; DOP 2010", die Angebote zu öffnen.

Die übrigen Anträge werden abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 25. Jänner 2010 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Weiters stellte die Antragstellerin den Antrag auf zeitlich befristete Aussetzung des Vergabeverfahrens und den weiteren Eventualantrag auf zeitlich befristete Aussetzung der Ausschreibung. Ferner wurden Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung, in eventu auf Streichung der von der Antragstellerin gerügten Anforderungen der Ausschreibung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren, gestellt.

Mit Schriftsatz vom 25. Jänner 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass Auftragsgegenstand der Abschluss eines Vertrages über die Durchführung von Befliegungen zur Herstellung digitaler Luftbilder mit großformatigen Luftbildsensoren, die Bestimmung der Orientierungsparameter der Luftbilder und die Herstellung digitaler Orthophotos sei. Begehrt werde die Nichtigklärung der Ausschreibung, in eventu die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen.

Der Auftraggeber habe am 21. Dezember 2009 eine Vorinformation veröffentlicht. Als voraussichtlicher Beginn des Vergabeverfahrens sei der 23. Dezember 2009 angesetzt gewesen. Am 23. Dezember 2009 sei im Amtsblatt der EG die Bekanntmachung für einen zu vergebenden Lieferauftrag erfolgt. In der Bekanntmachung sei insbesondere die Lieferung als "Kauf", eine Vergabe in Losen und die Vergabe zum niedrigsten Preis angekündigt worden. Als Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei der 2. Februar 2010 festgesetzt gewesen.

Die Ausschreibungsunterlage gliedere sich in die "Allgemeine Ausschreibungsbedingung" und die "Besonderen Vertragsbedingungen".

In den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, Pkt. 2.4, "Rechtliche Grundlagen und Art des Vergabeverfahrens", sei Folgendes vorgesehen:

Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung (Dienstleistung gem. § 6 BVergG 2006) erfolgt in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip. Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung (Dienstleistung gem. Paragraph 6, BVergG 2006) erfolgt in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip.

In den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen, Pkt. 2.7., sei Folgendes vorgesehen:

Sollten sich für den Bieter bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder sonstige Bedenken gegen die Ausschreibungsbedingungen ergeben, so hat der Bieter den Auftraggeber innerhalb der Angebotsfrist umgehend darauf hinzuweisen (Warnpflicht!), um möglichst eine Klärung im Rahmen der Beantwortung der Bieteranfragen zu ermöglichen. Dies bezieht sich insbesondere auf technische Anforderungen des Auftraggebers, welche zu einer Nichtberücksichtigung eines Bieters im Zusammenhang mit dem verfügbaren Kamerasystem führen könnten. Fragen des Bieters zu den Ausschreibungsunterlagen (z.B. technische Randbedingungen), Aufforderungen zur Abänderung der Ausschreibungsunterlagen oder Anforderung weiterer

Unterlagen durch den Bieter sind ausschließlich per E-Mail oder Telefax so rasch wie möglich, spätestens aber bis zum 15. Jänner 2010 an: zu richten.

Das Ende der Angebotsfrist sei mit 2. Februar 2010, 10.00 Uhr, festgesetzt gewesen. Nach Angaben des Auftraggebers handle es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich.

Mit E-Mail vom 7. Jänner 2010 habe die Antragstellerin den ersten Fragenkatalog, mit E-Mail vom 15. Jänner 2010 den zweiten Fragenkatalog an den Auftraggeber gerichtet.

Eine Berichtigung der Ausschreibung und Fragenbeantwortung durch den Auftraggeber sei mit E-Mail vom 22. Jänner 2010 erfolgt.

Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich um prioritäre Dienstleistungen. Der Wert der Dienstleistungen dominiere. Die Ingenieurleistung überwiege bei digitalen Luftbildüberfliegungen.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Vertragsabschluss. Dies manifestiere sich auch in den gestellten Bieteranfragen. Es sei bereits beträchtlicher Aufwand für die Ausarbeitung eines Angebotes entstanden. Zu einer Angebotsabgabe durch die Antragstellerin sei es noch nicht gekommen, da auf Basis der Anforderungen der Ausschreibungsunterlage und den Ausführungen des Auftraggebers vom 22. Jänner 2010 eine Angebotslegung nicht möglich sei, die den Bestimmungen des BVergG entspreche. Würde die Ausschreibung in der derzeitigen Form bestandskräftig werden, wäre der Aufwand der Antragstellerin frustriert. Auch seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung entstanden.

Durch die rechtswidrige Ausschreibung werde der Antragstellerin die Chance auf Zuschlagserhalt genommen. Dies liege insbesondere daran, dass auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung keine vergleichbaren Angebote erstattet werden könnten, den Bietern unkalkulierbare Risiken auferlegt würden, der Qualitätsstandard nicht ausreichend definiert sei und die Eignungskriterien nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand bzw. -umfang festgelegt worden seien.

Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
Recht auf Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere nach § 19 BVergG, Recht auf Durchführung eines fairen Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere nach Paragraph 19, BVergG,
- -Strichaufzählung
Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren,
- -Strichaufzählung
Recht auf Erstellung einer Ausschreibungsunterlage gemäß den Bestimmungen des BVergG,
- -Strichaufzählung
Recht auf Ausschreibungsunterlagen, die derart ausgearbeitet seien, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote sicher gestellt sei,
- -Strichaufzählung
Recht auf Ausschreibungsunterlagen, die derart ausgearbeitet seien, dass keine nichtkalkulierbaren Risiken übernommen werden müssten,
- -Strichaufzählung
Recht auf Aufstellung angemessener Eignungskriterien, sodass die Vergabe lediglich an leistungsfähige Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolge,
- -Strichaufzählung
Recht auf Erstellung einer Leistungsbeschreibung, sodass die technischen Spezifikationen gemäß § 98 BVergG das Leistungsziel so hinreichend genau beschreiben würden, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar seien, Recht auf Erstellung einer Leistungsbeschreibung, sodass die technischen Spezifikationen gemäß Paragraph 98, BVergG das Leistungsziel so hinreichend genau

beschreiben würden, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar seien,

- -Strichaufzählung
Recht auf Abschluss eines Leistungsvertrages nach den Bestimmungen der ÖNORM A 2060,
- -Strichaufzählung
Recht auf Berichtigen der Ausschreibungsunterlage durch den Auftraggeber,
- -Strichaufzählung
Recht auf Wahrung des rechtlichen Gehörs im Vergabeverfahren,
- -Strichaufzählung
Recht auf Wahrung der Chance der Zuschlagserteilung.

Die Ausschreibung sei in weiten Teilen grob rechtswidrig. Auf Basis der Ausschreibungsunterlagen sei es nicht möglich, vergleichbare Angebote zu legen. Den Bietern würden unkalkulierbare Risiken auferlegt. Die Eignung werde nicht den Erfordernissen des Auftragsgegenstandes und -umfanges angepasst. Der Qualitätsstandard sei nicht eindeutig definiert, die Wahl des Zuschlagsprinzips sei zu Unrecht erfolgt. Zudem sei die Auftragsvergabe nicht bekannt gemacht worden.

Gemäß § 99 BVergG hätten öffentliche Auftraggeber für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen. Im gegenständlichen Fall habe der Auftraggeber die Regelungen der ÖNORM B 2060/2009 für den Leistungsvertrag heranzuziehen. Tatsächlich weiche jedoch der Auftraggeber in weiten Teilen - ohne Begründung - hievon ab. Die Ausschreibung sei auch deshalb rechtswidrig. Gemäß Paragraph 99, BVergG hätten öffentliche Auftraggeber für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien wie ÖNORMEN heranzuziehen. Im gegenständlichen Fall habe der Auftraggeber die Regelungen der ÖNORM B 2060 aus 2009, für den Leistungsvertrag heranzuziehen. Tatsächlich weiche jedoch der Auftraggeber in weiten Teilen - ohne Begründung - hievon ab. Die Ausschreibung sei auch deshalb rechtswidrig.

Zu den Bestimmungen der "Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen":

1. 1.Ziffer eins

Zu Pkt. 4.3:

Die geforderten Nachweise seien in Relation zum erzielbaren Auftragsgegenstand und -volumen nicht ausreichend. Der Nachweis des Gesamtumsatzes eines Bieters sei für die Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in dem gegenständlichen Fall nicht ausschließlich maßgebend. Zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei in erster Linie der Umsatz in den Fachbereichen Photogrammetrie und Bildflug heranzuziehen. Abgesehen davon sei die in der Ausschreibung geforderte Umsatzhöhe von zumindest Euro XXXX netto zu niedrig. In Anbetracht der Tatsache, dass möglicher Weise ein Bieter alle neun Lose erlange, stehe dieser Betrag in keinem Verhältnis zur maximal möglichen Auftragssumme von ca. Euro XXXX. Die geforderten Nachweise seien in Relation zum erzielbaren Auftragsgegenstand und -volumen nicht ausreichend. Der Nachweis des Gesamtumsatzes eines Bieters sei für die Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in dem gegenständlichen Fall nicht ausschließlich maßgebend. Zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei in erster Linie der Umsatz in den Fachbereichen Photogrammetrie und Bildflug heranzuziehen. Abgesehen davon sei die in der Ausschreibung geforderte Umsatzhöhe von zumindest Euro römisch 40 netto zu niedrig. In Anbetracht der Tatsache, dass möglicher Weise ein Bieter alle neun Lose erlange, stehe dieser Betrag in keinem Verhältnis zur maximal möglichen Auftragssumme von ca. Euro römisch 40 .

Diese Ausschreibungsbestimmung verstoße gegen § 19 Abs. 1 BVergG, wonach die Vergabe nur an leistungsfähige Unternehmer zu erfolgen habe. Die aufgezeigte Rechtswidrigkeit sei für den Verfahrensausgang potentiell relevant. Diese Ausschreibungsbestimmung verstoße gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, wonach die Vergabe nur an leistungsfähige Unternehmer zu erfolgen habe. Die aufgezeigte Rechtswidrigkeit sei für den Verfahrensausgang potentiell relevant.

Zu Pkt. 4.4.1:

Die geforderten Referenzen würden auf die spezifischen Bedingungen im Alpenraum bzw. Hochgebirge keine Rücksicht

nehmen. Im Hinblick auf den Gesamtumfang der Lose (27.000km²) seien die Referenzen unzureichend. Es sei nicht gesichert, dass die für die Erfüllung des Gesamtauftrages bzw. die Abwicklung von "Gebirgslosen" notwendige technische Leistungsfähigkeit gegeben sei. Auch diese Festlegung verstoße gegen § 19 Abs. 1 BVergG und sei potentiell verfahrensrelevant. Durch die niedrige Eignungsschwelle sei es möglich, dass der Leistungsvertrag mit einem Unternehmer abgeschlossen würde, welcher nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des Auftrags verfüge. Die geforderten Referenzen würden auf die spezifischen Bedingungen im Alpenraum bzw. Hochgebirge keine Rücksicht nehmen. Im Hinblick auf den Gesamtumfang der Lose (27.000km²) seien die Referenzen unzureichend. Es sei nicht gesichert, dass die für die Erfüllung des Gesamtauftrages bzw. die Abwicklung von "Gebirgslosen" notwendige technische Leistungsfähigkeit gegeben sei. Auch diese Festlegung verstoße gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG und sei potentiell verfahrensrelevant. Durch die niedrige Eignungsschwelle sei es möglich, dass der Leistungsvertrag mit einem Unternehmer abgeschlossen würde, welcher nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des Auftrags verfüge.

Zu Pkt. 4.4.2:

Gemäß der Ausschreibung habe der Bieter nachzuweisen, dass mit der angeführten technischen Ausstattung die technischen Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses vollständig erfüllt werden könnten. Es fehle jedoch eine Festlegung dahingehend, in welcher Weise der geforderte Nachweis erbracht werden müsse. Dies verstoße gegen § 79 Abs. 3 BVergG. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen, müsste der Auftraggeber spezifizierte Nachweise über die Eignung der technischen Ausstattung mit Referenzprojekten führen. Zudem fehle vollständig die Relation zwischen der verfügbaren technischen Ausstattung eines Bieters und der Anzahl der beauftragten Lose. Falls ein Bieter den Zuschlag für alle neun Lose bekommen sollte, sei die vom Auftraggeber geforderte Ausstattung zu gering angesetzt. Mit der festgesetzten Ausstattung könne die technische Leistungsfähigkeit in diesem Fall nicht nachgewiesen werden. Der Mangel dieser Festlegung führe dazu, dass keine vergleichbaren Angebote vorgelegt werden könnten. Zudem verstoße diese Ausschreibungsbestimmung auch gegen § 19 Abs. 1 BVergG. Gemäß der Ausschreibung habe der Bieter nachzuweisen, dass mit der angeführten technischen Ausstattung die technischen Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses vollständig erfüllt werden könnten. Es fehle jedoch eine Festlegung dahingehend, in welcher Weise der geforderte Nachweis erbracht werden müsse. Dies verstoße gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG. Um die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen, müsste der Auftraggeber spezifizierte Nachweise über die Eignung der technischen Ausstattung mit Referenzprojekten führen. Zudem fehle vollständig die Relation zwischen der verfügbaren technischen Ausstattung eines Bieters und der Anzahl der beauftragten Lose. Falls ein Bieter den Zuschlag für alle neun Lose bekommen sollte, sei die vom Auftraggeber geforderte Ausstattung zu gering angesetzt. Mit der festgesetzten Ausstattung könne die technische Leistungsfähigkeit in diesem Fall nicht nachgewiesen werden. Der Mangel dieser Festlegung führe dazu, dass keine vergleichbaren Angebote vorgelegt werden könnten. Zudem verstoße diese Ausschreibungsbestimmung auch gegen Paragraph 19, Absatz eins, BVergG.

Zu Pkt. 4.4.4.:

Die Frage der Qualitätssicherung sei für einen derartigen Auftrag von höchster Bedeutung. Bei vergleichbaren Auftragsvergaben werde die Qualitätssicherung üblicher Weise als Zuschlagskriterium herangezogen und "hoch gewichtet". Aufgrund der besonderen topographischen Verhältnisse und der Vorgaben zur Bodenauflösung sei der für die Qualitätssicherung geforderte Nachweis nicht ausreichend. Es seien keine statistischen Kriterien für die maximal zulässigen Lagefehler im Orthophoto definiert. Vom Auftraggeber sei weder die Anzahl noch die Art der flächendeckenden Prüfung festgelegt. Um eine Qualitätssicherung zu gewährleisten, müssten die Bieter verpflichtet werden, eine Flugplanung unter Verwendung eines digitalen Geländemodells samt Dokumentation der Einhaltung der technischen Spezifikationen für den Bildflug vorzulegen. Die gegenständlichen Festlegungen zur Qualitätssicherung würden gegen § 79 Abs. 3 BVergG verstoßen, da auf deren Basis keine seriöse Kalkulation erfolgen könne. Die Frage der Qualitätssicherung sei für einen derartigen Auftrag von höchster Bedeutung. Bei vergleichbaren Auftragsvergaben werde die Qualitätssicherung üblicher Weise als Zuschlagskriterium herangezogen und "hoch gewichtet". Aufgrund der besonderen topographischen Verhältnisse und der Vorgaben zur Bodenauflösung sei der für die Qualitätssicherung geforderte Nachweis nicht ausreichend. Es seien keine statistischen Kriterien für die maximal zulässigen Lagefehler im Orthophoto definiert. Vom Auftraggeber sei weder die Anzahl noch die Art der flächendeckenden Prüfung festgelegt. Um eine Qualitätssicherung zu gewährleisten, müssten die Bieter verpflichtet werden, eine Flugplanung unter

Verwendung eines digitalen Geländemodells samt Dokumentation der Einhaltung der technischen Spezifikationen für den Bildflug vorzulegen. Die gegenständlichen Festlegungen zur Qualitätssicherung würden gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG verstoßen, da auf deren Basis keine seriöse Kalkulation erfolgen könne.

Zu Pkt. 6.1.:

Die Wahl des Billigstbieterprinzips sei rechtswidrig. Der Qualitätsstandard der Leistung werde in der Ausschreibungsunterlage nicht eindeutig festgelegt. Durch die Wahl des Billigstbieterprinzips verstoße der Auftraggeber gegen § 80 Abs. 3 BVergG. Auf Basis der Spezifikationen in der Ausschreibung könne ein Zuschlagsempfänger gemäß den Bestimmungen der anzuwendenden Vergabennormen nicht ermittelt werden, da keine Vergleichbarkeit der Angebote vorliegen könne. Die Wahl des Billigstbieterprinzips sei rechtswidrig. Der Qualitätsstandard der Leistung werde in der Ausschreibungsunterlage nicht eindeutig festgelegt. Durch die Wahl des Billigstbieterprinzips verstoße der Auftraggeber gegen Paragraph 80, Absatz 3, BVergG. Auf Basis der Spezifikationen in der Ausschreibung könne ein Zuschlagsempfänger gemäß den Bestimmungen der anzuwendenden Vergabennormen nicht ermittelt werden, da keine Vergleichbarkeit der Angebote vorliegen könne.

Zu den "Besonderen Vertragsbedingungen":

Zu Pkt. 11.3.1:

Die Vorgaben in der Ausschreibung seien schlichtweg falsch. Offenbar liege ein Irrtum des Auftraggebers vor. Es würden 20/23cm für die Schwarzweißbilder verlangt und 60cm für die Farbbilder. Dies sei jedoch technisch nicht möglich, weil dann die 23cm auch nicht mehr möglich seien. Durch die technische Unmöglichkeit dieser Forderung sei es nicht möglich, vergleichbare Angebote zu erlangen. Die Ausschreibung sei rechtswidrig, da die Leistungsbeschreibung mangelhaft sei (§ 96 Abs. 2 BVergG). Die Vorgaben in der Ausschreibung seien schlichtweg falsch. Offenbar liege ein Irrtum des Auftraggebers vor. Es würden 20/23cm für die Schwarzweißbilder verlangt und 60cm für die Farbbilder. Dies sei jedoch technisch nicht möglich, weil dann die 23cm auch nicht mehr möglich seien. Durch die technische Unmöglichkeit dieser Forderung sei es nicht möglich, vergleichbare Angebote zu erlangen. Die Ausschreibung sei rechtswidrig, da die Leistungsbeschreibung mangelhaft sei (Paragraph 96, Absatz 2, BVergG).

Zu Pkt. 11.3.2.4:

In Beantwortung der Frage Nr 40 habe der Auftraggeber am 22. Jänner 2010 Folgendes ausgeführt:

Grundsätzlich hat jeder Bieter in seinem Angebot die Kosten für die Beschaffung von Referenzdaten mit einzubeziehen.

Aus der Formulierung ("grundsätzlich") gehe nicht eindeutig hervor, ob die Kosten für die Beschaffung der Referenzdaten nun tatsächlich in das Angebot einzukalkulieren seien oder nicht. Die Antwort des Auftraggebers sei unklar. Eine eindeutige Regelung wäre jedoch für eine ordnungsgemäße Kalkulation des Angebotes unumgänglich. Die Ausschreibungsunterlage sei diesbezüglich unbestimmt und daher rechtswidrig.

Zu Pkt. 11.3.5.4:

Die Angaben zur Qualitätskontrolle seien trotz der Fragebeantwortung durch den Auftraggeber nicht eindeutig definiert. Auf Basis der Angaben des Auftraggebers könne keine Kalkulation erfolgen, sodass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. Bei der Preiskalkulation bestünden aufgrund der unklaren Regelungen der Qualitätssicherung / technische Spezifikationen Spielräume bis zu 20% des Angebotspreises. Durch die Regelungen zur Qualitätssicherung würden den Bietern unkalkulierbare Risiken auferlegt, da der Auftraggeber nicht klar festlege, welche Leistungen von den Bietern für die Qualitätskontrolle zu erbringen seien und welche Daten den Bietern hierfür zur Verfügung gestellt würden. Es liege somit ein Verstoß gegen die §§ 79 Abs.3 bzw. 96 Abs. 3 BVergG vor. Es sei so nicht möglich, einen Zuschlag zu erteilen. Die Angaben zur Qualitätskontrolle seien trotz der Fragebeantwortung durch den Auftraggeber nicht eindeutig definiert. Auf Basis der Angaben des Auftraggebers könne keine Kalkulation erfolgen, sodass eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. Bei der Preiskalkulation bestünden aufgrund der unklaren Regelungen der Qualitätssicherung / technische Spezifikationen Spielräume bis zu 20% des Angebotspreises. Durch die Regelungen zur Qualitätssicherung würden den Bietern unkalkulierbare Risiken auferlegt, da der Auftraggeber nicht klar festlege, welche Leistungen von den Bietern für die Qualitätskontrolle zu erbringen seien und welche Daten den Bietern hierfür zur Verfügung gestellt würden. Es liege somit ein Verstoß gegen die Paragraphen 79, Absatz 3, bzw. 96 Absatz 3, BVergG vor. Es sei so nicht möglich, einen Zuschlag zu erteilen.

Die Höhe der vorgesehenen Vertragsstrafe liege beim 3-5- fachen des Gestehungspreises für den Auftraggeber. Dies widerspreche den Bestimmungen der ÖNORM A2060.

Zu Pkt. 11.5.2:

Die Anwendung der Vertragsstrafe pro Los sei eindeutig zu regeln. Derzeit könne die Höhe der Vertragsstrafe von den Bietern nicht abgeschätzt werden. So sei etwa nicht klar, ob ein Bieter, dessen Angebot den Zuschlag für alle neun Lose erhalte, pro Tag an dem nicht geflogen werde, Euro XXXX oder Euro XXXX an Vertragsstrafe bezahlen müsse. Für die Angebotskalkulation sei es jedoch unbedingt erforderlich die Höhe einer allenfalls zu leistenden Vertragsstrafe zu kennen. Die Regelung des Auftraggebers sei unklar und verstoße gegen § 99 Abs. 1 Z 2 BVergG. Sie verhindere eine preisangemessene Kalkulation. Auf dieser Basis könnten keine vergleichbaren Angebote gelegt werden. Die Anwendung der Vertragsstrafe pro Los sei eindeutig zu regeln. Derzeit könne die Höhe der Vertragsstrafe von den Bietern nicht abgeschätzt werden. So sei etwa nicht klar, ob ein Bieter, dessen Angebot den Zuschlag für alle neun Lose erhalte, pro Tag an dem nicht geflogen werde, Euro römisch 40 oder Euro römisch 40 an Vertragsstrafe bezahlen müsse. Für die Angebotskalkulation sei es jedoch unbedingt erforderlich die Höhe einer allenfalls zu leistenden Vertragsstrafe zu kennen. Die Regelung des Auftraggebers sei unklar und verstoße gegen Paragraph 99, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Sie verhindere eine preisangemessene Kalkulation. Auf dieser Basis könnten keine vergleichbaren Angebote gelegt werden.

Zu Pkt. 23.1:

Es widerspreche den Bestimmungen der ÖNORM A 2060 sowie § 879 ABGB, dass sich der Auftraggeber ein uneingeschränktes Nutzungs- und Verwertungsrecht aller im Rahmen des Auftrages erhobenen Daten sichern wolle. Auch Daten, welche den Qualitätskriterien nicht entsprechen würden, würden einen erheblichen Vermögenswert darstellen und könnten in den meisten Fällen verwertet werden. Werde eine Leistung mangelhaft erbracht, stehe dem Leistungserbringer ein Recht auf Verbesserung oder Austausch zu. Der Auftraggeber würde ungerechtfertigt bereichert werden. Es könne der Fall eintreten, dass der Auftraggeber den überwiegenden Teil der Lose kostenlos erhalte, weil der Bieter nicht mehr in der Lage sei, aufgrund der Witterungsverhältnisse den Mangel zu sanieren. Diese Regelung sei rechtswidrig. Für die Bieter mache es in ihrer Kalkulation einen erheblichen Unterschied, ob die Werksnutzungsrechte an "nicht brauchbaren" Daten an den Auftraggeber übergehen würden oder nicht. Es widerspreche den Bestimmungen der ÖNORM A 2060 sowie Paragraph 879, ABGB, dass sich der Auftraggeber ein uneingeschränktes Nutzungs- und Verwertungsrecht aller im Rahmen des Auftrages erhobenen Daten sichern wolle. Auch Daten, welche den Qualitätskriterien nicht entsprechen würden, würden einen erheblichen Vermögenswert darstellen und könnten in den meisten Fällen verwertet werden. Werde eine Leistung mangelhaft erbracht, stehe dem Leistungserbringer ein Recht auf Verbesserung oder Austausch zu. Der Auftraggeber würde ungerechtfertigt bereichert werden. Es könne der Fall eintreten, dass der Auftraggeber den überwiegenden Teil der Lose kostenlos erhalte, weil der Bieter nicht mehr in der Lage sei, aufgrund der Witterungsverhältnisse den Mangel zu sanieren. Diese Regelung sei rechtswidrig. Für die Bieter mache es in ihrer Kalkulation einen erheblichen Unterschied, ob die Werksnutzungsrechte an "nicht brauchbaren" Daten an den Auftraggeber übergehen würden oder nicht.

Fehlende Bekanntmachung der Auftragsvergabe:

Gemäß § 46 Abs. 1 Z 1 BVergG sei die beabsichtigte Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im offenen Verfahren bekannt zu machen. Die vorliegende Bekanntmachung vom 23. Dezember 2009 beziehe sich jedoch nicht auf einen Dienstleistungsauftrag, sondern auf einen Lieferauftrag. In der Praxis würden Unternehmer bei der Suche nach öffentlichen Aufträgen ihre elektronische Suche auf die Auftragsart (z.B. Dienstleistungsauftrag) einschränken. Da der Auftrag jedoch als (zu Unrecht) Lieferauftrag bekannt gemacht worden sei, bestehe die Wahrscheinlichkeit, dass interessierte Unternehmer am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht teilnehmen hätten können. Ein Wechsel der Auftragsart sei nicht zulässig. Das Vergabeverfahren sei daher mangels ordnungsgemäßer Bekanntmachung rechtswidrig. Gemäß Paragraph 46, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sei die beabsichtigte Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im offenen Verfahren bekannt zu machen. Die vorliegende Bekanntmachung vom 23. Dezember 2009 beziehe sich jedoch nicht auf einen Dienstleistungsauftrag, sondern auf einen Lieferauftrag. In der Praxis würden Unternehmer bei der Suche nach öffentlichen Aufträgen ihre elektronische Suche auf die Auftragsart (z.B. Dienstleistungsauftrag) einschränken. Da der Auftrag jedoch als (zu Unrecht) Lieferauftrag bekannt gemacht

worden sei, bestehe die Wahrscheinlichkeit, dass interessierte Unternehmer am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht teilnehmen hätten können. Ein Wechsel der Auftragsart sei nicht zulässig. Das Vergabeverfahren sei daher mangels ordnungsgemäßer Bekanntmachung rechtswidrig.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass ihr gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten sei der Antragstellerin bereits ein erheblicher Schaden entstanden. Sollte die Ausschreibungsunterlage in der vorliegenden Form bestandskräftig werden, würde die Antragstellerin um ihre Chance auf Auftragserhalt gebracht werden und würden die angefallenen Kosten frustriert sein. Es bestünden keinerlei öffentliche Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stehen würden. Auch ein besonderes öffentliches Interesse stehe der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht entgegen.

Die Antragstellerin habe hingegen großes Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung. Nur dadurch könne gewährleistet werden, dass das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesvergabesamtes ausgesetzt werde und so die Chance der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung aufrecht bleibe. Die Interessenabwägung müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

Mit Schriftsatz vom 29. Jänner 2010 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Es handle sich um eine prioritäre Dienstleistung gemäß § 6 BVergG (Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro XXX netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.12.2009, die EU-weite Bekanntmachung am 23.12.2009 erfolgt. Mit Schriftsatz vom 29. Jänner 2010 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Es handle sich um eine prioritäre Dienstleistung gemäß Paragraph 6, BVergG (Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro römisch 30 netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 22.12.2009, die EU-weite Bekanntmachung am 23.12.2009 erfolgt.

Das Verfahren befinde sich im Stadium der Anbotsphase. Als Ablauf der Angebotsfrist sei der 2.2.2010 festgesetzt gewesen. Im Laufe der Angebotsfrist seien seinen Anfragen an den Auftraggeber gestellt worden, welche vom Auftraggeber fristgerecht beantwortet und auch veröffentlicht worden seien. Dies habe auch zu einer Berichtigung der Ausschreibung geführt. Eine Erstreckung der Angebotsfrist sei nicht erforderlich gewesen, da die Berichtigungen keinen Mehraufwand für die potentiellen Bieter bewirkt hätten.

Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sei bekannt gemacht und potentielle Bieter darauf hingewiesen worden, derzeit keine Angebote abzugeben.

Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt und vorerst ausgesetzt worden. Davon seien auch die Unternehmer, die die Ausschreibungsunterlagen behoben hätten, verständigt worden. Naturgemäß sei auch eine Zuschlagserteilung nicht erfolgt. Das Vergabeverfahren sei auch nicht widerrufen worden.

Der Auftraggeber spreche sich nicht gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus. Es gebe keine zwingenden Gründe, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden könnten. Im Falle einer umfangreichen zeitlichen Verzögerung sei jedoch davon auszugehen, dass aufgrund der jahreszeitlichen bzw witterungsbedingten Beschränkungen zur Durchführung die Leistung im Jahre 2010 nicht mehr in vollem Umfang erbracht werden könnte. Für den Fall, dass umfassenden aktuellen Daten nicht verfügbar wären, würde dies einen nicht unerheblichen Nachteil für den Wirtschaftsstandort Österreich bedeuten.

Der Auftraggeber sei jedenfalls davon überzeugt, dass die Ausschreibung vollinhaltlich den vergaberechtlichen Anforderungen entspreche.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabesamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber gemäß § 2 Z 8 BVergG ist das Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen. Dieses ist ein zentraler öffentlicher Auftraggeber gemäß Anhang V zum BVergG. Auftraggeber gemäß Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist das

Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen. Dieses ist ein zentraler öffentlicher Auftraggeber gemäß Anhang römisch fünf zum BVergG.

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs 2 B-VG). Als nachgeordnete Dienststelle des BMWFJ fällt das Bundesvergabeamt für Eich- und Vermessungswesen in den Vollziehungsbereich des Bundes (vgl Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG). Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zuständig. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern iS dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG). Als nachgeordnete Dienststelle des BMWFJ fällt das Bundesvergabeamt für Eich- und Vermessungswesen in den Vollziehungsbereich des Bundes (vergleiche Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG). Das Bundesvergabeamt ist zur Nachprüfung des Beschaffungsvorganges und zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung zuständig.

Es handelt sich gegenständlich um einen (prioritären) Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei Euro XXXX netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Es handelt sich gegenständlich um einen (prioritären) Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert aller Lose liegt nach den Informationen des Auftraggebers bei Euro römisch 40 netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

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

Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen, sofern die Angebotsfrist mehr als 15 Tage beträgt, spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag am 25.1.2010 eingebracht. Da die Angebotsfrist am 2.2.2010 endet, ist der Antrag rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen, sofern die Angebotsfrist mehr als 15 Tage beträgt, spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag am 25.1.2010 eingebracht. Da die Angebotsfrist am 2.2.2010 endet, ist der Antrag rechtzeitig.

Es sind weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Die entrichteten Pauschalgebühren wurden - der derzeitigen Gesetzeslage entsprechend - von Amts wegen rücküberwiesen (vgl OZ 9). Es sind weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde das Verfahren widerrufen oder der Zuschlag erteilt. Die entrichteten Pauschalgebühren wurden - der derzeitigen Gesetzeslage entsprechend - von Amts wegen rücküberwiesen (vergleiche OZ 9).

Der Antrag ist zulässig.

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 2 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 2, 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 3 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 3, 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, das Verfahren auf Grundlage der bestehenden Ausschreibungsbestimmungen weiter zu führen und die Angebote zu öffnen. 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 sich in der Folge am Vergabeverfahren beteiligen könnte und 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 Angebotsöffnung 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, das Verfahren auf Grundlage der bestehenden Ausschreibungsbestimmungen weiter zu führen und die Angebote zu öffnen. 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 sich in der Folge am Vergabeverfahren beteiligen könnte und 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 Angebotsöffnung 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.

Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Es sei jedoch zu beachten, dass die Durchführung des Auftrages nur bei bestimmten Witterungsverhältnissen möglich sei und eine erhebliche zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens uU dazu führen könnte, dass der Auftrag im Jahr 2010 nicht im vollen Umfang durchgeführt werden könnte.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden dargestellt. Dieser bestehe in den bereits aufgelaufenen Kosten für die Ausarbeitung des Angebotes sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ist der drohende Schaden glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan.

Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden nach dem Vorbringen der Antragstellerin keinerlei öffentliche Interessen entgegen. Auch ein besonderes öffentliches Interesse, welches die Erlassung der einstweiligen Verfügung verhindern könne, sei nicht zu erkennen. Die Interessensabwägung müsse daher zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Eine befristete Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens (Anm: Hauptantrag) würde dem Auftraggeber jegliche Handlungsfreiheit - insbesondere auch zu einer allfälligen Berichtigung der Ausschreibung - nehmen. Dies trifft auch auf das eventualiter gestellte Begehren auf zeitlich befristete Aussetzung der Ausschreibung zu. Abgesehen davon, dass dies wohl nicht im Interesse der Antragstellerin gelegen wäre, sind diese Begehren auch als überschießend anzusehen (vgl § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG). Die diesbezüglichen Anträge waren daher abzuweisen. Eine befristete Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens (Anmerkung, Hauptantrag) würde dem Auftraggeber jegliche Handlungsfreiheit - insbesondere auch zu einer allfälligen Berichtigung der Ausschreibung - nehmen. Dies trifft auch auf das eventualiter gestellte Begehren auf zeitlich befristete Aussetzung der Ausschreibung zu. Abgesehen davon, dass dies wohl nicht im Interesse der Antragstellerin gelegen wäre, sind diese Begehren auch als überschießend anzusehen vergleiche Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG). Die diesbezüglichen Anträge waren daher abzuweisen.

Dem weiteren Eventualantrag auf zeitlich befristete Untersagung der Angebotsöffnung war hingegen stattzugeben. 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. Im Zuge einer allfälligen Berichtigung der Ausschreibung bzw in Folge einer allfälligen Nichtigerklärung, dem Widerruf und anschließender Neuausschreibung des Auftrages, wäre es der Nachprüfungswerberin unter Umständen möglich, sich durch Legung eines Angebotes am Vergabeverfahren zu beteiligen und in der Folge auch für den Zuschlagserhalt in Betracht zu kommen bzw wäre unter Umständen auch ein anderer (weiterer) Bieterkreis denkbar.

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf 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/11/2007-7EV u. v.a.). Dieser Grundsatz ist auch dann zu berücksichtigen, wenn - wie gegenständlich - die Leistungserbringung von witterungsbedingten Umständen, und somit von Umständen abhängig ist, die nicht in der Einflussphäre des Auftraggebers stehen. Würde dies - als solches genommen - die Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung rechtfertigen, würde das Rechtsinstrument des vorläufigen Rechtsschutzes sinnentleert.

Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung 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 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u. v.a.). Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung 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 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u. v.a.).

Zudem ist auch 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 auch 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.).

Bei Nichterhalt des Auftrages würde der Antragstellerin naturgemäß ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 18.11.2008, N/0145-BVA/09/2008-EV14 uva).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der gesetzlichen Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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