

TE Verg Bescheid 2009/12/10 N/0119-BVA/04/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.12.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00-KdoEU/Disp/2009" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00-KdoEU/Disp/2009" des Auftraggebers Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport, Roßauer Lände 1, 1090 Wien, dieser vertreten durch die X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***,

vom 3.12.2009, wie

folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, gerichtet auf Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00-KdoEU/Disp/2009" den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Vergabe (Lieferung) betreffend Tarnschminke; GZ E90085/367/00-00-KdoEU/Disp/2009" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 122- 177892 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftrag sollte in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert ohne USt wurde mit € 150.000,-- beziffert. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 2.9.2009 fixiert.

Neben dem Einzelunternehmer A*** (in der Folge Antragsteller) legten die B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) und ein weiterer Bieter Angebote.

Nach Prüfung der Angebote teilte der Auftraggeber mit Telefaxmitteilung vom 19.11.2009 dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der Stillhaltefrist mit 3.12.2009 den Auftrag an die B*** zu einem Gesamtpreis von €

114.000,-- (exkl. USt) zu vergeben. Weiters wurde ausgeführt, dass das Muster des Antragstellers mehrere Punkte der TB8530/- 001 nicht erfülle. Statt einer Vorlage des Musters in einem geeigneten Einzelgebinde (Punkt 2.2.3 der TB8530/-001) seien vom Antragsteller drei Tarnschminken in drei separaten großen Gebinden vorgelegt worden, sodass eine Bestimmung der Inhaltsmenge von 20g +/- 1g je Tarnschminke und Einzelgebinde (Punkt 2.2.2.3. der TB8530/-001) nicht erfolgen hätte können. Die als Muster vorgelegte Tarnschminke des Antragstellers könne auch nicht bei Witterungsbedingungen von -10 C° bis +40 C° (Punkt 1.4.2. der TB8530/-001 - Muss-Forderung) verwendet werden, da sie schon bei Raumtemperatur flüssig und schwer aufzutragen gewesen sei. Bei +40 C° sei sie sogar dünnflüssig geworden und nicht mehr auf die Haut aufzutragen gewesen. Bei dieser Temperatur sei daher eine Durchmischung der Schminke im Einzelgebinde und ein Ausfließen wahrscheinlich. Beim Muster des Antragstellers seien auch bei einer IR-Remissionsmessung Abweichungen von den in Punkt 1.4.2. der TB8530/-001 angeführten spezifischen Farben für die ausgeschriebene Tarnschminke, die als Muss-Kriterium zu werten seien, festgestellt worden.

Mit Schriftsatz vom 3.12.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde in eventu ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand sowie ein Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 und in eventu auf Nichtigerklärung der zu Lasten des Antragstellers gehenden Ausscheidensentscheidung eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 319 BVergG gestellt. Mit Schriftsatz vom 3.12.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde in eventu ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand sowie ein Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 und in eventu auf Nichtigerklärung der zu Lasten des Antragstellers gehenden Ausscheidensentscheidung eingebracht. Außerdem wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 319, BVergG gestellt.

Der Antragstellers gehe zwar davon aus, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handle, da der geschätzte Auftragswert gemäß der Bekanntmachung des Auftraggebers vom 29.6.2009 mit € 150.000,-- exkl. USt bekanntgegeben worden sei. Auch sei gemäß § 12 Abs 1 Z 1 BVergG iVm der Verordnung Nr 1422/2007 der Europäischen Kommission vom 4.12.2007 die Grenze für den Oberschwellenbereich mit € 133.000,-- festgelegt worden. Diese Grenze gelte bei Lieferaufträgen des Auftraggebers Bundesminister für Landesverteidigung und Sport nur für Aufträge betreffend Waren, die im Anhang VI BVergG genannt würden. Bei den zu liefernden Tarnfarben komme eine Subsumtion unter Kapitel 29, 32, 34 und 38 in Frage, sodass davon auszugehen sei, dass auch die Tarnschminke vom Anhang VI BVergG erfasst sei. Der Antragstellers gehe zwar davon aus, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handle, da der geschätzte Auftragswert gemäß der Bekanntmachung des Auftraggebers vom 29.6.2009 mit € 150.000,-- exkl. USt bekanntgegeben worden sei. Auch sei gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit der Verordnung Nr 1422 aus 2007, der Europäischen Kommission vom 4.12.2007 die Grenze für den Oberschwellenbereich mit € 133.000,-- festgelegt worden. Diese Grenze gelte bei

Lieferaufträgen des Auftraggebers Bundesminister für Landesverteidigung und Sport nur für Aufträge betreffend Waren, die im Anhang römisch sechs BVergG genannt würden. Bei den zu liefernden Tarnfarben komme eine Subsumtion unter Kapitel 29, 32, 34 und 38 in Frage, sodass davon auszugehen sei, dass auch die Tarnschminke vom Anhang römisch sechs BVergG erfasst sei.

Aus anwaltlicher Vorsicht werde jedoch, für den Fall, dass das gegenständliche Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zugeordnet werde, ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes werde auch ein Rechtsirrtum als unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis qualifiziert, für den jedoch ein milderer Grad des Versehens nicht überschritten werden dürfe. Sollte die Tarnschminke nicht unter Anhang VI zu subsumieren sein, habe der Antragsteller jedenfalls gute Gründe gehabt, von einer Subsumtion unter Anhang VI auszugehen. Hinzu komme, dass auf telefonische Anfrage beim Auftraggeber eine Mitarbeiterin (C***) mitgeteilt habe, dass der gegenständliche Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Dafür spreche auch die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung angegebene 14-tägige Stillhaltefrist. In eventu werde daher der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und der in eventu bekämpften Ausscheidensentscheidung begehrt. Zugleich werde die versäumte Handlung nachgeholt.

Aus anwaltlicher Vorsicht werde jedoch, für den Fall, dass das gegenständliche Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zugeordnet werde, ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes werde auch ein Rechtsirrtum als unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis qualifiziert, für den jedoch ein milderer Grad des Versehens nicht überschritten werden dürfe. Sollte die Tarnschminke nicht unter Anhang römisch sechs zu subsumieren sein, habe der Antragsteller jedenfalls gute Gründe gehabt, von einer Subsumtion unter Anhang römisch sechs auszugehen. Hinzu komme, dass auf telefonische Anfrage beim Auftraggeber eine Mitarbeiterin (C***) mitgeteilt habe, dass der gegenständliche Auftrag dem Oberschwellenbereich zuzuordnen sei. Dafür spreche auch die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung angegebene 14-tägige Stillhaltefrist. In eventu werde daher der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und der in eventu bekämpften Ausscheidensentscheidung begehrt. Zugleich werde die versäumte Handlung nachgeholt.

Als gesondert anfechtbare Entscheidungen würden sowohl die zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers lautende Zuschlagsentscheidung als auch eventualiter aus anwaltlicher Vorsicht für den Fall, dass die Mitteilung vom 19.11.2009 eine zu Lasten des Antragstellers gehende Ausscheidensentscheidung darstellen sollte, die Ausscheidensentscheidung vom 19.11.2009 bekämpft. Die Mitteilung vom 19.11.2009 sei allerdings unter Zugrundelegung des Interpretationsmaßstabes des ABGB dahingehend zu verstehen, dass es sich hierbei um eine Zuschlagsentscheidung mit einer Begründung für die Ablehnung des Angebotes des Antragstellers handle. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers habe diese Mitteilung nicht zur Folge.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 enthalte keine Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes. Es sei daher dem Antragsteller nicht möglich zu prüfen, ob Gründe für eine inhaltliche Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorliegen würden oder nicht. Auch könne die Bewertung des Antragstellers bzw. des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht nachvollzogen werden. Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des BVA folgend, sei die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Verfahrens iSd § 325 Abs 1 Z 2 BVergG wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert werde. Die Voraussetzungen der § 131 BVergG nicht erfüllende Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 19.11.2009 enthalte keine Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes. Es sei daher dem Antragsteller nicht möglich zu prüfen, ob Gründe für eine inhaltliche Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorliegen würden oder nicht. Auch könne die Bewertung des Antragstellers bzw. des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht nachvollzogen werden. Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des BVA folgend, sei die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Verfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch erschwert oder behindert werde. Die Voraussetzungen der Paragraph 131, BVergG nicht erfüllende Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Darüber hinaus sei die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig zu bewerten, da das Bewertungsergebnis nicht auf einer objektiven Bewertung der in den Ausschreibungsunterlagen festgesetzten Anforderungen basiere. Jedenfalls

handle es sich beim Kriterium der Erbringung der Leistung gemäß dem Leistungsverzeichnis um kein taugliches Zuschlagskriterium. Zwar seien die Zuschlagskriterien mangels Anfechtung bestandsfest, eine Durchbrechung der Präklusion sei jedoch geboten, sofern eine gesetzeskonforme Bestbieterermittlung nicht möglich sei. In diesem Fall liege ein zwingender Widerrufsgrund vor.

Zu dem in der Mitteilung vom 19.11.2009 enthaltenden Hinweis auf Punkt 2.2.3. der Leistungsbeschreibung werde darauf verwiesen, dass der Antragsteller ein Muster erbracht habe, das alle Elemente der erforderlichen Musterstellung beinhaltet habe. Das Angebotsmuster sei auch nicht als Muss-Forderung bezeichnet worden. Zwar gehe auch aus Punkt 1.2.2.2 (Muss-Forderungen) hervor, dass die Nicht-Erfüllung einer Muss-Forderung das Ausscheiden zur Folge habe. Dies ergebe sich jedoch nicht aus Punkt 1.2.2.4 ("Spalte Forderung"), wenn diese Spalte so wie bei Punkt 1.4.3. (Angebotsmuster) frei sei. Vielmehr sei die Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen zur Angebotseinholung auf Seite 1 bzw. 2 das Angebotsmuster betreffend dahingehend zu verstehen, dass die Nichtvorlage des geforderten Angebotsmusters nur zum Ausschluss führen könne. Es handle sich hierbei offensichtlich um eine Ermessensentscheidung, von der der Auftraggeber jedoch in der gegenständlichen Fallkonstellation keinen Gebrauch gemacht habe.

Punkt 2.2.2.3 der Ausschreibungsbestimmungen beschreibe die Zusammensetzung/Chemische Eigenschaft der Tarnfarbe. Es seien jedoch keine Aussagen zur Inhaltsmenge getroffen worden, sodass die Begründung des Auftraggebers in diesem Punkt unrichtig und nicht nachvollziehbar sei. Die drei separaten Gebinde würden weder einen Teil der Angebotslegung noch ein Angebotsmuster darstellen. Das Angebotsmuster sei lediglich die Farbe. Die geforderte Inhaltsmenge von je 20g +/-1g sei vom Antragsteller geboten worden.

Der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers entsprechend seien vom Antragsteller die Tarnfarben angeboten worden. Der Übergang von der festen Konsistenz in den flüssigen Zustand erfolge erst bei einer Temperatur oberhalb von 50 C°. Die vom Antragsteller angebotene Farbe erfülle auch die Anforderungen der Beschreibung in Punkt 1.4.2. TB8530/-001.

Durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers würde dem Antragsteller ein Gewinn von mindestens € 15.000,- entgehen. Hinzu kämen die frustrierten Kosten für die Angebotslegung und der rechtsfreundlichen Vertretung. Außerdem drohe dem Antragsteller der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages und insbesondere in seinem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers würde dem Antragsteller ein Gewinn von mindestens € 15.000,- entgehen. Hinzu kämen die frustrierten Kosten für die Angebotslegung und der rechtsfreundlichen Vertretung. Außerdem drohe dem Antragsteller der Verlust eines wesentlichen Referenzprojektes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages und insbesondere in seinem Recht auf Durchführung einer transparenten und objektiv nachvollziehbaren Bewertung der Angebote gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt.

Der Erlassung der einstelligen Verfügung stünden keine Interessen des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen. Außerdem habe der Auftraggeber bei der Planung des Vergabeverfahrens allfällige Verzögerungen zu berücksichtigen. An der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bestehe ein öffentliches Interesse. Die Interessenabwägung für den Antrag auf Erlassung einer einstelligen Verfügung müsse daher zu Gunsten des Antragstellers ausgehen.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2009 teilte der Auftraggeber mit, dass der geschätzte Auftragswert € 150.000,- (exkl. USt) betrage. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand sei dem Oberschwellenbereich zuzuordnen und werde in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei per Telefaxmitteilung am 19.11.2009 den Bietern bekanntgegeben worden. Gegen die Erlassung einer einstelligen Verfügung sprechende Interessen des Auftraggebers oder sonstige besondere öffentlichen Interessen führte der Auftraggeber nicht an. Interessen sonstiger Bieter, die gegen die Erlassung der einstelligen Verfügung sprechen würden, seien ihm nicht bekannt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 1 BVergG. Die Republik Österreich (Bund) vertreten durch den Bundesminister für Landesverteidigung und Sport ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wurde als offenes Verfahren durchgeführt. Im Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage, ob es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden. Es wird daher zunächst - unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - vom Vorliegen eines Verfahrens im Oberschwellenbereich und der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wurde als offenes Verfahren durchgeführt. Im Hinblick auf die kurze Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage, ob es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt, nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden. Es wird daher zunächst - unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse im Ermittlungsverfahren im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - vom Vorliegen eines Verfahrens im Oberschwellenbereich und der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da der Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an den präsumtiven Zuschlagsempfänger plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkbare Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:römisches zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Gemäß § 329 Abs 2 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (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.).

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

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Zuschlagserteilung stellt die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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