

TE Verg Bescheid 2009/12/9 N/0117-BVA/02/2009-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.12.2009

Norm

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 165 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30. November 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph

312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink" des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30. November 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung (Nachprüfungsantrag), längstens aber für die Dauer von 6 Wochen ab Antragstellung, die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagen wie auch die Teilnahmefrist (Bewerbungsfrist) aussetzen; in eventu die Öffnung und Prüfung der Teilnahmeanträge untersagen; in eventu die Zuschlagsentscheidung untersagen", wird insofern stattgegeben, als die Teilnahmeantragsfrist im Vergabeverfahren "GU Ausbau Fertigstellung Skylink" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 11.1.2010 ausgesetzt wird. Bis zum selben Datum wird dem Auftraggeber untersagt, die im genannten Vergabeverfahren eingelangten Teilnahmeanträge zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe "GU Ausbau Fertigstellung Skylink", in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb des Auftraggebers Flughafen Wien AG, Postfach 1, A-1300 Wien Flughafen, erfolgte national am 23.11.2009 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-465301-9b19 und europaweit am 25.11.2009 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 227-326473. In der Bekanntmachung sind als Vertragslaufzeit 15 Monaten ab Auftragsvergabe vorgesehen. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot im Bezug auf die, in den Verdingungs-/Ausschreibungsunterlagen, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung aufgeführten Kriterien erteilt werden. Der Schlusstermin für die Anforderung von oder die Einsicht in die kostenfreien Verdingungs-/Ausschreibungs- und ergänzende Unterlagen ist mit 4.12.2009 und der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge ist mit 9.12.2009, 10.00 Uhr, fixiert. Zur Vergabe gelangt ein Los eines Bauauftrages mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 90 Mio exkl. Ust; der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauprojektes beläuft sich auf Euro 657 Mio exkl. Ust.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 brachte A*** vertreten durch Y*** (idF Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Nichtigerklärung der "Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages)" sowie eventualiter die Nichtigerklärung von " - Punkt IV.3.2) der Bekanntmachungen im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union und Lieferanzeiger der Wiener Zeitung und Punkt 3.3 der Teilnahmeunterlagen, Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 brachte A*** vertreten durch Y*** in der Fassung Antragstellerin), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Nichtigerklärung der "Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages)" sowie eventualiter die Nichtigerklärung von " -Punkt römisch vier.3.2) der Bekanntmachungen im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union und Lieferanzeiger der Wiener Zeitung und Punkt 3.3 der Teilnahmeunterlagen,

- -Strichaufzählung
Punkt 1.6 Absatz 6 der Teilnahmeunterlagen [Der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbungsgemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft ist ausgeschlossen.],
- -Strichaufzählung
Punkt 1.13 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 2.3.1 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 2.3.3 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen,
- -Strichaufzählung
Punkt 4.1 und 4.2 und Formblätter 7 und 8 Teilnahmeunterlagen" begehrt. Weiters wurden Anträge auf Ersatz der

Pauschalgebühren sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) durch zahlreiche Festlegungen gegen das BVergG 2006 verstoße.

Da der Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen erst nach wiederholter Urgenz am 26.11.2009 übermittelt worden seien, habe sie - das Ende der Teilnahmefrist sei mit 9.12.2009 festgesetzt worden - den Teilnahmeantrag innerhalb von 13 Kalendertagen abzugeben. Die nähere Beschreibung der Eignung-oder Auswahlkriterien sowie der umfänglichen, bereits mit dem Teilnahmeantrag abzugeben Eignungsnachweise, finde sich nicht in den Bekanntmachungen, sondern erst in den Teilnahmeunterlagen. Der Auftraggeber habe diese Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibe. Eine derart knapp bemessene Teilnahmeantragsfrist sei nicht ausreichend und widerspreche § 226 Abs 1 Z 1 und § 222 Abs 1 BVergG 2006. Da der Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen erst nach wiederholter Urgenz am 26.11.2009 übermittelt worden seien, habe sie - das Ende der Teilnahmefrist sei mit 9.12.2009 festgesetzt worden - den Teilnahmeantrag innerhalb von 13 Kalendertagen abzugeben. Die nähere Beschreibung der Eignung-oder Auswahlkriterien sowie der umfänglichen, bereits mit dem Teilnahmeantrag abzugeben Eignungsnachweise, finde sich nicht in den Bekanntmachungen, sondern erst in den Teilnahmeunterlagen. Der Auftraggeber habe diese Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibe. Eine derart knapp bemessene Teilnahmeantragsfrist sei nicht ausreichend und widerspreche Paragraph 226, Absatz eins, Ziffer eins und Paragraph 222, Absatz eins, BVergG 2006.

Die Formulierung "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Gewerbegemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen widerspreche § 188 Abs 2 BVergG 2006 und beschränke Bewerberkonstellationen. Die Formulierung "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Gewerbegemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen widerspreche Paragraph 188, Absatz 2, BVergG 2006 und beschränke Bewerberkonstellationen.

Die weitere Festlegung in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen, dass sich "konzernverbundene Unternehmen (...) nur im Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen" dürfen und "Solche Unternehmen gelten im Rahmen einer Bietergemeinschaft als ein Unternehmen" greife in die Wahlfreiheit der Unternehmen, wie und in welcher Form sie sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen (Bietergemeinschaft oder Subunternehmer), in sachlich nicht gerechtfertigter Art ein. Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Pkt. 1.13. der Teilnahmeunterlagen - die Antragsgegnerin hafte "im Rahmen des Vergabeverfahrens ausschließlich im Falle nachgewiesener grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes für Schadenersatz" - widerspreche § 338 Abs 1 BVergG 2006. Auch die Eignungskriterien nach Pkt. 2.3 der Teilnahmeunterlagen seien rechtswidrig. Während nach Pkt. 2.3.1 die Vorlage von "Bilanzen oder Bilanzauszügen der letzten drei Geschäftsjahre in dem Umfang, in dem ihre Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmens gesetzlich vorgeschrieben ist. Sofern eine attestierte Bilanz für das Jahr 2008 noch nicht vorliegt, für die drei vorangegangenen Jahre" verlange, finde sich in Pkt. 2.3.4 der Hinweis, dass Umsätze des Bewerbers entweder durch eine Bilanz oder, wenn die Umsätze nicht veröffentlichungspflichtig seien, durch eine verbindliche Erklärung eines Wirtschaftsprüfers/ Steuerberaters nachzuweisen seien. Da eine Einschränkung, wie in Pkt. 2.3.4 betreffend die Bilanzvorlage, in Pkt. 2.3.1 fehle, sei unklar, ob Unternehmer, die nicht zur Bilanz verpflichtet seien, aufgrund Pkt. 2.3.1 in diskriminierender und rechtswidriger Weise "Bilanzen" beizubringen hätten. Wann Bewerber aufgrund Pkt. 2.3.1 (Bilanzen) bzw. Pkt. 2.3.3 (Unternehmensbeteiligung und Eigentümerstrukturen) nicht zur Angebotsabgabe einzuladen seien, ergebe sich nicht aus den Teilnahmeunterlagen. Das Fehlen einer Definition, wann die Eignungskriterien erfüllt seien und wann Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen seien, widerspreche § 228 Abs. 2 BVergG 2006. Es sei unklar, was unter dem Begriff "Umsatz" in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen zu verstehen sei. § 231 UGB kenne nur auszuweisende "Umsatzerlöse" (Z1) und "die Veränderung des Bestandes an fertigen und unfertigen Erzeugnissen sowie an noch nicht abrechenbaren Leistungen" (Z2). Werde in Pkt. 2.3.4 nur auf den reinen Umsatzerlös abgestellt, könne keine aussagekräftige Einschätzung des Unternehmens erfolgen, da ein Umsatzerlös, wenn zB ein Bauvorhaben über mehrere Jahre abgewickelt werde, uU erst mit der Übernahme ausgewiesen werde. Diese Frage habe auch Auswirkungen auf die Form der Teilnahme interessierter Unternehmer. Die weitere Festlegung in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen, dass sich "konzernverbundene Unternehmen (...) nur im

Rahmen einer gemeinsamen Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen" dürfen und "Solche Unternehmen gelten im Rahmen einer Bietergemeinschaft als ein Unternehmen" greife in die Wahlfreiheit der Unternehmen, wie und in welcher Form sie sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen (Bietergemeinschaft oder Subunternehmer), in sachlich nicht gerechtfertigter Art ein. Der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Pkt. 1.13. der Teilnahmeunterlagen - die Antragsgegnerin hafte "im Rahmen des Vergabeverfahrens ausschließlich im Falle nachgewiesener grober Fahrlässigkeit oder Vorsatzes für Schadenersatz" - widerspreche Paragraph 338, Absatz eins, BVergG 2006. Auch die Eignungskriterien nach Pkt. 2.3 der Teilnahmeunterlagen seien rechtswidrig. Während nach Pkt. 2.3.1 die Vorlage von "Bilanzen oder Bilanzauszügen der letzten drei Geschäftsjahre in dem Umfang, in dem ihre Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmens gesetzlich vorgeschrieben ist. Sofern eine attestierte Bilanz für das Jahr 2008 noch nicht vorliegt, für die drei vorangegangenen Jahre" verlange, finde sich in Pkt. 2.3.4 der Hinweis, dass Umsätze des Bewerbers entweder durch eine Bilanz oder, wenn die Umsätze nicht veröffentlichungspflichtig seien, durch eine verbindliche Erklärung eines Wirtschaftsprüfers/ Steuerberaters nachzuweisen seien. Da eine Einschränkung, wie in Pkt. 2.3.4 betreffend die Bilanzvorlage, in Pkt. 2.3.1 fehle, sei unklar, ob Unternehmer, die nicht zur Bilanz verpflichtet seien, aufgrund Pkt. 2.3.1 in diskriminierender und rechtswidriger Weise "Bilanzen" beizubringen hätten. Wann Bewerber aufgrund Pkt. 2.3.1 (Bilanzen) bzw. Pkt. 2.3.3 (Unternehmensbeteiligung und Eigentümerstrukturen) nicht zur Angebotsabgabe einzuladen seien, ergebe sich nicht aus den Teilnahmeunterlagen. Das Fehlen einer Definition, wann die Eignungskriterien erfüllt seien und wann Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen seien, widerspreche Paragraph 228, Absatz 2, BVergG 2006. Es sei unklar, was unter dem Begriff "Umsatz" in Pkt. 2.3.4 der Teilnahmeunterlagen zu verstehen sei. Paragraph 231, UGB kenne nur auszuweisende "Umsatzerlöse" (Z1) und "die Veränderung des Bestandes an fertigen und unfertigen Erzeugnissen sowie an noch nicht abrechenbaren Leistungen" (Z2). Werde in Pkt. 2.3.4 nur auf den reinen Umsatzerlös abgestellt, könne keine aussagekräftige Einschätzung des Unternehmens erfolgen, da ein Umsatzerlös, wenn zB ein Bauvorhaben über mehrere Jahre abgewickelt werde, uU erst mit der Übernahme ausgewiesen werde. Diese Frage habe auch Auswirkungen auf die Form der Teilnahme interessierter Unternehmer.

Die in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Umsatzgrenzen in Höhe von Euro 200 Mio für das Geschäftsjahr 2008 und in Höhe von Euro 500 Mio für die letzten drei Geschäftsjahre seien keinesfalls iSv § 231 Abs 2 BVergG 2006 gerechtfertigt. Kleine und mittlere Unternehmen seien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Selbst wenn es interessierten Unternehmen offen stehe, eine Bewerbungsgemeinschaft zu gründen, führe das aufgrund der - § 188 Abs 2 6.Satz BVergG 2006 widersprechenden Regelungen - in Pkt.1.6 der Teilnahmeunterlagen "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbungsgemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" nicht zur Rechtskonformität der Ausschreibung. Dass interessierten Unternehmen lediglich eine Arbeitswoche verbleibe, um sich mit künftigen ARGE-Partnern zusammenzuschließen, verletze den Wettbewerbsgrundsatz. Die in den Teilnahmeunterlagen festgelegten Umsatzgrenzen in Höhe von Euro 200 Mio für das Geschäftsjahr 2008 und in Höhe von Euro 500 Mio für die letzten drei Geschäftsjahre seien keinesfalls iSv Paragraph 231, Absatz 2, BVergG 2006 gerechtfertigt. Kleine und mittlere Unternehmen seien vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Selbst wenn es interessierten Unternehmen offen stehe, eine Bewerbungsgemeinschaft zu gründen, führe das aufgrund der - Paragraph 188, Absatz 2, 6.Satz BVergG 2006 widersprechenden Regelungen - in Pkt.1.6 der Teilnahmeunterlagen "der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbungsgemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft (...) ausgeschlossen" nicht zur Rechtskonformität der Ausschreibung. Dass interessierten Unternehmen lediglich eine Arbeitswoche verbleibe, um sich mit künftigen ARGE-Partnern zusammenzuschließen, verletze den Wettbewerbsgrundsatz.

Schließlich werde in Punkt 4.1 und 4.2 der Teilnahmeunterlagen festgelegt, dass zum Nachweis von Referenzen die in den Teilnahmeunterlagen vorgegebenen Formblätter 7 und 8 zwingend zu verwenden seien. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass interessierten Bietern dadurch lediglich eine Arbeitswoche für die Erstellung eines Teilnahmeantrages verbleibe, um diese Referenzprojekte vom Referenzauftraggeber auf den vom Auftraggeber vorgegebenen Formularen bestätigen zu lassen.

Die Antragstellerin beabsichtige zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung einen Teilnahmeantrag und ein Angebot zu legen. Durch die Ausgestaltung der Ausschreibung, deren rechtswidrigen Festlegungen und die unangemessene Bewerbungsfrist, sei es der Antragstellerin mangels ausreichender Vorbereitungszeit unmöglich,

einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag und letztlich ein Angebot zu konzipieren. Damit werde ihr die Abgabe eines Teilnahmeantrages verwehrt. Zusammenfassend erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme, nicht diskriminierende und klare Ausgestaltung der Ausschreibung, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und auf Teilnahme an diesem Verfahren durch die Abgabe eines Teilnahmeantrages und die Abgabe eines Angebotes verletzt. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten drohe ihr ein Schaden aus Nichtabdeckung der Gemeinkosten samt entgangenen Gewinn und dem entgangenen Deckungsbeitrag. Für die Bearbeitung der Ausschreibung und Kosten der Rechtsberatung seien ihr bisher Kosten von etwa Euro 5000,- entstanden. Außerdem drohe der Verlust eines Referenzprojektes.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass die Antragsgegnerin ab dem Ende der Teilnahmeantragsfrist am 9.12.2009, 10:00 Uhr die Möglichkeit erhalte, die eingelangten Teilnahmeanträge zu öffnen, zu prüfen und ihre Auswahlentscheidung zu treffen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, weil sie infolge der rechtswidrigen Ausschreibung gezwungen sei, keinen oder nur einen unvollständigen und damit nicht wettbewerbsfähigen Teilnahmeantrag abzugeben. Die einstweilige Aussetzung der Teilnahmeantragsfrist stelle für die Antragsgegnerin keine unverhältnismäßige Belastung dar. Der Auftraggeber habe kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt. Die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens sei nicht überschießend.

Mit Schriftsatz vom 02.12.2009 gab der Auftraggeber, zunächst allgemein an, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung europaweit - nach Absendung der Bekanntmachung am 20.11.2009 - am 25.11.2009 und zuvor national am 23.11.2009 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-465301-9b19 bekannt gemacht worden sei. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlich zu vergebenden Bauloses betrage Euro 90 Mio ohne Ust und der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauprojektes belaufe sich auf Euro 657 Mio ohne Ust. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe (Präqualifikation). Bislang sei weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung bzw. ein Widerruf oder Zuschlag erfolgt.

Der Antragstellerin seien (wie auch den übrigen zu diesem Zeitpunkt interessierten Unternehmen) die Teilnahmeunterlagen per e-mail am 26.11.2009 übermittelt worden. Die Teilnahmeantragsfrist sei mit Berichtigung am 2.12.2009 auf den 14.12.2009, 10.00 Uhr erstreckt worden. Auch sei die von der Antragstellerin gerügte, im Übrigen vergaberechtskonforme Festlegung in Pkt. 1.6 der Teilnahmeunterlagen dahingehend berichtigt worden, dass die Sätze "Bewerbergemeinschaften müssen unverändert in die Bietergemeinschaft übergehen. Der nachträgliche Zusammenschluss (nach Abgabe der Teilnahmeanträge) von Bewerbern oder Bewerbergemeinschaften zu einer neuen Bewerber- oder Bietergemeinschaft ist ausgeschlossen" ersatzlos gestrichen worden seien.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber insbesondere unter Verweis auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG an, dass die Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge der Antragstellerin ausreichend Rechtsschutz gewähre. Zur beantragten einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber insbesondere unter Verweis auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG an, dass die Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge der Antragstellerin ausreichend Rechtsschutz gewähre.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Der Auftraggeber, die Flughafen Wien Aktiengesellschaft, ist ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber gemäß § 165 iVm § 169 BVergG (vgl. BVA 3.4.2007, N/0018-BVA/10/2007-29, 7.7.2008, N/0075-BVA/07/2008-10:00). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um ein Los eines Bauauftrages, welches in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Das Verfahren befindet sich in der 1. Stufe nach Bekanntmachung der Ausschreibung, Übermittlung der Teilnahmeunterlagen sowie Berichtigung der Bekanntmachung und Übermittlung der berichtigten Teilnahmeunterlagen am 2.12.2009. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro 657 Mio ohne Ust., der geschätzte Auftragswert des gegenständlich, zur Vergabe gelangenden Bauloses beträgt Euro 90 Mio ohne Ust.. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der Auftraggeber, die Flughafen Wien Aktiengesellschaft, ist ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber gemäß Paragraph 165, in Verbindung mit Paragraph 169, BVergG vergleiche

BVA 3.4.2007, N/0018-BVA/10/2007-29, 7.7.2008, N/0075-BVA/07/2008-10:00). Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um ein Los eines Bauauftrages, welches in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Das Verfahren befindet sich in der 1. Stufe nach Bekanntmachung der Ausschreibung, Übermittlung der Teilnahmeunterlagen sowie Berichtigung der Bekanntmachung und Übermittlung der berichtigten Teilnahmeunterlagen am 2.12.2009. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro 657 Mio ohne Ust., der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen, zur Vergabe gelangenden Bauloses beträgt Euro 90 Mio ohne Ust.. Das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bzw. der Teilnahmeunterlagen in ihrer Gesamtheit bzw. die Rechtswidrigkeit einzelner Bestimmungen derselben. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigkeitsklärung von Teilen bzw. den gesamten Teilnahmeunterlagen, in der Folge für die Abgabe eines Teilnahmeantrages und in der Folge für die Angebotsabgabe und somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da seitens des Auftraggebers die Öffnung der eingelangten Teilnahmeanträge und nach deren Bewertung die Auswahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter für die 2. Stufe des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für die Einladung zur Angebotsabgabe und damit auch für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche 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 weitere Teilnahme der Antragstellerin in einem vergaberechtskonformen Verhandlungsverfahren ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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 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 gegen einander 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 gegen einander 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende 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 der 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 der 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.

Öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solches zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden bekannt. Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.). Öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solches zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden bekannt. Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.).

Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Bei der Aussetzung der Teilnahmeantragsfrist in Verbindung mit der Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge durch den Auftraggeber handelt es sich im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens um die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme.

Da bei der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, dem Auftraggeber jede Möglichkeit der weiteren Handlung im Vergabeverfahren, also etwa auch die Berichtigung der Teilnahmeunterlagen verunmöglicht wird, war dieses Mehrbegehrens als "überschießend" abzuweisen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Aussetzen der Teilnahmeantragsfrist, Untersagung Öffnung der Teilnahmeanträge;

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