

TE Verg Bescheid 2009/10/20 N/0108-BVA/07/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.10.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes, 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes, 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3" des Auftraggebers Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, gerichtet auf Untersagung der Zuschlagserteilung und Aussetzung des Vergabeverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes, wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Natursteinarbeiten für die Funktionssanierung und Adaptierung des Bezirksgerichtes, 5020 Salzburg, Rudolfsplatz 3" untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Bekanntmachung der gegenständlichen Bauleistung, CPV Code 45216110, 45431000, wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 153-223188 am 7.8.2009 veröffentlicht. Der als Bauauftrag qualifizierte Auftrag soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Als Zuschlagskriterien wurden der Gesamtpreis (98%) sowie die angebotene Gewährleistungsfrist (2%) in den Ausschreibungsbestimmungen genannt. Die Angebotsfrist endete am 1.9.2009, 10.00 Uhr. Mit Telefax vom 29.9.2009 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mitgeteilt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Zuschlagserteilung an das gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, sowie auf Einhaltung der Bestimmung des § 131 BVergG verletzt. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Zuschlagserteilung an das gemäß den Angaben in der Ausschreibung technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot, sowie auf Einhaltung der Bestimmung des Paragraph 131, BVergG verletzt.

Im Leistungsverzeichnis heiße es:

"Beispielhaftes Material: Wachauer Marmor Smaragd. Struktur gewolkt, wellig, nicht einfärbig oder gestreift, z.B. Abbaustelle Steinbruch

Kalkgrub. Technische Daten: Rohdichte: 2.701 Kg/m³, Schleifverschleiß nach

Böhme: 20,2 cm³/50cm², Biegezugfestigkeit: 10,00 N/mm², Druckfestigkeit:

93,6 MPa, frostbeständig lt Önorm B 3123, Massenverlust durch 25 FTW: 0.03 M%, Zunahme Wasseraufnahme durch 25 FTW: 0,0M%.

Bei bunten oder geaderten Natursteinen sind hinsichtlich Farbe, Textur und Struktur leichte Abweichungen möglich, wobei der beispielhaft angeführte Naturstein durch die vom Auftraggeber aufgelegten Muster die Bandbreite der Farbabweichung zeigt. Auf die Materialfeuchte beziehungsweise den Zustand nach Austrocknung wird Bedacht genommen.

Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger Art. Kriterien der Gleichwertigkeit: Naturstein gilt als gleichwertig, wenn er mangels besonders definierter Kriterien dem beispielhaft angeführten Naturstein in Farbe, Textur (Zeichnung, Änderung, Maserung), Struktur (Kerngröße, Kornverteilung) und den technischen Kennwerten (siehe ÖNORM B 7213, Tabelle 1) entspricht." Angeboten ist das beispielhafte oder ein Material gleichwertiger "Art". Kriterien der Gleichwertigkeit: Naturstein gilt als gleichwertig, wenn er mangels besonders definierter Kriterien dem beispielhaft angeführten Naturstein in Farbe, Textur (Zeichnung, Änderung, Maserung), Struktur (Kerngröße, Kornverteilung) und den technischen Kennwerten (siehe ÖNORM B 7213, Tabelle 1) entspricht."

Die Antragstellerin habe in diesem Sinne das beispielhafte Material "Wachauer Marmor Smaragd" der entsprechenden Struktur (gewolkt, wellig; nicht einfärbig oder gestreift) zu einer Nettoangebotssumme von Euro 333.967,86 fristgerecht angeboten.

Mit E-Mail vom 3.3.2009 sei die Antragstellerin ersucht worden, mitzuteilen, von welchem Steinbruch sie den angebotenen Naturstein beziehe, wobei um Zusendung aussagekräftiger Fotos ersucht und angefragt worden sei, ob sie die angebotene Menge laut Bauzeitplan liefern könne. Mit Schreiben vom 9.9.2009 habe sie dem Auftraggeber mitgeteilt, dass das angebotene Material im Steinbruch Kalkgrub abgebaut werde. Gleichzeitig habe die Antragstellerin ein Schreiben der Firma C*** beigelegt samt Fotos von Rohblöcken, die für die Ausführung der Arbeiten vorgesehen wären. Weiters habe sie die Lieferdynamik mitgeteilt und einen Vorschlag für den Terminablauf angefügt. Ferner habe sie auf die vom Lieferwerk erhaltene Zusicherung hingewiesen, dass die bereits vor Ort bestehende Musterfläche repräsentativ für das gesamte zu liefernde Material sei. Das Schreiben der C*** vom 4.9.2009 habe sie ihrem Antwortschreiben vom 9.9.2009 angeschlossen. Aus diesem ergebe sich, dass das von der Antragstellerin angebotene Material tatsächlich aus dem Steinbruch Kalkgrub stamme, ihr entsprechende Fotos zur Bemusterung übermittelt würden und dass 2-3 Wochen nach Auftragserteilung die erste Teillieferung im Umfang von circa 400 m² fertig gestellt werden könne, wobei die Lieferzeit für die Gesamtmenge etwa 12-14 Wochen betragen würde. Mit Schreiben vom 28.9.2009 habe die Antragstellerin dem Auftraggeber davon in Kenntnis gesetzt, dass ihre Nachfrage bei der C***

ergeben habe, dass vier vor ihr gereichte Anbieter, so auch der präsumtive Zuschlagsempfänger, nicht das beispielhaft genannte Material angeboten hätten. Hinzugefügt worden sei, dass im zweiten möglicherweise in Frage kommenden Steinbruch im Besitz der Firma D*** der präsumtive Zuschlagsempfänger fallweise den Abbau von Marmorblöcken betreibe, wobei das Erscheinungsbild dieses Marmors in erster Linie einfärbig, dunkelgrau bzw. in geringem Umfang verschwommen parallel gestreift, keineswegs jedoch gewolkt oder wellig sei. Weiters habe sie darauf hingewiesen, dass ihrer Information nach derzeit im Steinbruch der Firma D*** kein Abbau von Blöcken stattfinde, die Struktur und Textur nicht dem beispielhaft ausgeschriebenen Material entspreche, dort auch keine Blöcke lagernd seien, während bei der C*** derzeit 100 m³ lagern vorhanden seien, somit mehr als die benötigte Menge mit der angeforderten Qualität. Die Antragstellerin habe auch angeboten, entsprechende Muster vorzulegen bzw. sich von der Richtigkeit ihrer Angaben durch einen Besuch bei der C*** im Steinbruch Kalkgrub vor Ort zu überzeugen. Der Auftraggeber habe mit Schreiben vom 29.9.2009 erwidert, dass die Qualitätsgleichwertigkeit vom Architekten geprüft worden sei und dass der präsumtive Zuschlagsempfänger am 23.9.2009 mehrere Musterplatten vorgelegt habe, welche der geforderten Struktur und Textur entsprechen würden. Der Auftraggeber habe also offensichtlich die Antragstellerin gegenüber dem präsumtiven Zuschlagsempfänger insofern ungleich behandelt, als diesem die Möglichkeit zur Vorlage entsprechender Musterplatten eingeräumt worden sei, während der Antragstellerin diese Möglichkeit versagt geblieben sei, obwohl sie dies in ihrem Schreiben vom 28.9.2009 angeboten habe.

Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung liege bereits darin, dass der Auftraggeber lediglich den Namen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die Vergabesumme sowie das Ende der Stillhaltefrist bekannt gegeben habe. Die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin ließen sich aus dem Schreiben vom 29.9.2009 ebenso wenig entnehmen, wie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Damit werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers substantiell Stellung zu nehmen und unter Beweis zu stellen, dass es sich beim Angebot dieses Bieters keinesfalls um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Darüber hinaus seien in der Einladung zur Angebotsabgabe und in den Angebotsbestimmungen die Reihenfolge der den Zuschlagskriterien zuerkannten Bedeutung unerwähnt geblieben. Der Auftraggeber führe lediglich ein beispielhaftes Material an und beschränke sich darüber hinaus, was die Kriterien der Gleichwertigkeit betreffe, auf eine Begriffsbestimmung, ohne jedoch die dort angeführten Kriterien zu reihen. Hätten die Einladung zur Angebotsabgabe und die Angebotsbestimmungen dem inhaltlichen Erfordernis des § 80 Abs. 3 BVergG entsprochen, so wäre die Antragstellerin in der Lage gewesen, im Rahmen ihres Angebotes konkret auf die vom Auftraggeber als maßgeblich erachteten Kriterien und deren Reihung entsprechend einzugehen und damit unter Beweis zu stellen, dass es sich bei ihrem Angebot um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Weiters handle es sich bei dem in den Angebotsbestimmungen angeführten beispielhaften Material (Wachauer Marmor Smaragd), Struktur gewolkt, wellig nicht einfärbig oder gestreift, Abbaustelle Steinbruch Kalkgrub, welches die Antragstellerin auch angeboten habe, um ein gesamtheitlich erheblich dunkleres Material als jenes, das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angeboten worden sei. Das beispielhafte Material sei ferner nicht nur gewolkt, belegt und nicht ein fertig, sondern insbesondere auch nicht gestreift, während das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material eindeutig parallel gestreift sei. Auch im Rahmen der technischen Kennwerte unterscheide sich das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material nicht unwesentlich vom beispielhaft genannten. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung liege bereits darin, dass der Auftraggeber lediglich den Namen des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die Vergabesumme sowie das Ende der Stillhaltefrist bekannt gegeben habe. Die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin ließen sich aus dem Schreiben vom 29.9.2009 ebenso wenig entnehmen, wie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Damit werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers substantiell Stellung zu nehmen und unter Beweis zu stellen, dass es sich beim Angebot dieses Bieters keinesfalls um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot handle. Darüber hinaus seien in der Einladung zur Angebotsabgabe und in den Angebotsbestimmungen die Reihenfolge der den Zuschlagskriterien zuerkannten Bedeutung unerwähnt geblieben. Der Auftraggeber führe lediglich ein beispielhaftes Material an und beschränke sich darüber hinaus, was die Kriterien der Gleichwertigkeit betreffe, auf eine Begriffsbestimmung, ohne jedoch die dort angeführten Kriterien zu reihen. Hätten die Einladung zur Angebotsabgabe und die Angebotsbestimmungen dem inhaltlichen Erfordernis des Paragraph 80, Absatz 3, BVergG entsprochen, so wäre die Antragstellerin in der Lage gewesen, im Rahmen ihres Angebotes konkret auf die vom Auftraggeber als maßgeblich erachteten Kriterien und deren Reihung entsprechend einzugehen und damit unter Beweis zu stellen, dass es sich bei ihrem Angebot um das technisch und wirtschaftlich

günstigste Angebot handle. Weiters handle es sich bei dem in den Angebotsbestimmungen angeführten beispielhaften Material (Wachauer Marmor Smaragd), Struktur gewolkt, wellig nicht einfärbig oder gestreift, Abbaustelle Steinbruch Kalkgrub, welches die Antragstellerin auch angeboten habe, um ein gesamtheitlich erheblich dunkleres Material als jenes, das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angeboten worden sei. Das beispielhafte Material sei ferner nicht nur gewolkt, belegt und nicht ein fertig, sondern insbesondere auch nicht gestreift, während das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material eindeutig parallel gestreift sei. Auch im Rahmen der technischen Kennwerte unterscheide sich das vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Material nicht unwesentlich vom beispielhaft genannten.

Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Dadurch drohe ein unmittelbarer Schaden für die Antragstellerin, der im Entgang des aus dem gegenständlichen Auftrag zu erwartenden Gewinnes sowie im Umfang all jener frustrierten Aufwendungen, die die Antragstellerin bisher auf Grund der Einladung des Auftraggebers zur Angebotsabgabe getätigt habe, liege.

Der Auftraggeber erstattete in seinem Schriftsatz vom 14.10.2009 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert aller Lose betrage Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung erfolgt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Es wurden keine Interessen bekannt gegeben, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens zur Erlassung der einstweiligen Verfügung erwogen:

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

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Laut Angabe des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert aller Lose Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es liegt somit gemäß § 12 Abs.1 Z 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Laut Angabe des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert aller Lose Euro 6.502.612,00 (ohne USt), jener des verfahrensgegenständlichen Loses Euro 329.585,00,--. Es liegt somit gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor.

Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax vom 29.9.2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax vom 29.9.2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei 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 Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG sind als erfüllt anzusehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 leg. cit vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind als erfüllt anzusehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg. cit vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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

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

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

Gemäß § 329 Abs 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Die Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung ist jedoch nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern bleibt dies dem Hauptverfahren vorbehalten. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in erster Linie im Erhalt des Auftrags. Die Antragstellerin möchte die Zuschlagserteilung an die B*** hintanhaltend lassen, um den Eintritt des geltend gemachten drohenden Schadens vorläufig zu verhindern.

Demgegenüber hat der Auftraggeber davon abgesehen, seinerseits gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Der Senatsvorsitzenden sind auch keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung sprechen würden, bekannt.

Bei der Interessenabwägung ist auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.10.2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1.12.2008, N/0153-BVA/03/2008-EV7; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4),

dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich, dass gemäß § 329 Abs 1 BVerG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.10.2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1.12.2008, N/0153-BVA/03/2008-EV7; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich, dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVerG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der grundsätzlichen Ermöglichung einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert wird, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren allenfalls erfolgte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung unmöglich oder infolge zwischenzeitig erfolgter Zuschlagserteilung sinnlos wird.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Hinsichtlich der begehrten Aussetzung des Vergabeverfahrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVerG verwiesen. Danach ist bei einer einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste Maßnahme zu verfügen. Bei der darüber hinaus begehrten Aussetzung des Vergabeverfahrens würde jedoch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Es handelt sich dabei daher nicht um das gelindeste Mittel. Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Hinsichtlich der begehrten Aussetzung des Vergabeverfahrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVerG verwiesen. Danach ist bei einer einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste Maßnahme zu verfügen. Bei der darüber hinaus begehrten Aussetzung des Vergabeverfahrens würde jedoch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers unverhältnismäßig eingeschränkt werden. Es handelt sich dabei daher nicht um das gelindeste Mittel.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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