

TE Verg Bescheid 2009/6/18 N/0060-BVA/03/2009-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.06.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

B-VG Art14b Abs2 Z1 lit a

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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
-
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. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschková gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabeengesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, idF BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A21 Wiener Außenring Autobahn, Knoten Steinhäusl, Lärmschutzwand" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft - ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, über den Antrag der A***AG, , vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 12.6.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Matauschková gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabeengesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A21 Wiener Außenring Autobahn, Knoten Steinhäusl, Lärmschutzwand" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft - ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, über den Antrag der A***AG, , vertreten durch X*** Rechtsanwälte OEG, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 12.6.2009, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt und die Zuschlagsentscheidung vom 5.6.2009 ausgesetzt wird", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber, Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft - ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "A21 Wiener Außenringautobahn, Lärmschutz Knoten Steinhäusl", den Zuschlag zu erteilen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

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

Begründung

1. 1. Ziffer eins
 Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 12. 6. 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVerfG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Antragstellerin stellte am 12. 6. 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVerfG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Alternativangebot der C*** gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVerfG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuscheiden gewesen wäre und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin, und zwar auf das derzeit zweitgereichte Angebot der Antragstellerin, hätte lauten müssen. Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Alternativangebot der C*** gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVerfG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuscheiden gewesen wäre und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin, und zwar auf das derzeit zweitgereichte Angebot der Antragstellerin, hätte lauten müssen.

Die Auftraggeberin habe ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip [Gesamtpreis mit 97% und Qualität (d.h. eine etwaige Verkürzung der Ausführungsdauer und/oder eine etwaige Verlängerung der Gewährleistungsfrist) mit 3% gewichtet] durchgeführt. Das Vergabeverfahren sei im Wesentlichen in folgenden Dokumenten der Ausschreibungsunterlagen geregelt:

B.1 Ausschreibungsgrundlagen

B.2 Baubeschreibung

B.3 Gutachten

B.4 Pläne

B.5 Technische Vertragsbestimmungen

B.6 Rechtliche Vertragsbestimmungen

B.7 Beschreibung der Leistung §§ 95ff BverfG 06 B.7 Beschreibung der Leistung Paragraphen 95 f, f, BverfG 06

B.8 Erklärung des Bieters (idF der Berichtigung vom 14.5.2006) B.8 Erklärung des Bieters in der Fassung der Berichtigung vom 14.5.2006)

Gemäß Punkt B.1.208.1.1 der Ausschreibungsunterlagen seien Alternativangebote neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zugelassen. Die Kriterien zur Prüfung der technischen Gleichwertigkeit von Alternativangeboten seien laut Punkt B.1.208.1.2 der Ausschreibungsunterlagen im technischen Teil der Ausschreibung (Teil B.5 Technische Vertragsbestimmungen), im rechtlichen Teil der Ausschreibung (Teil B.6 Rechtliche Vertragsbestimmungen) sowie in den im Teil B.7 der Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Spezifikationen im LV-Text festgelegt. Die Auftraggeberin habe im Teil B.7, nach Einholung geotechnischer Gutachten von Herrn B***, vorgesehen, dass für die Gründung der ausschreibungsgegenständlichen Lärmschutzwände ausschließlich Bohrpfähle zu verwenden seien.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Hauptangebot sowie zwei Alternativangebote gelegt. Auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ein Hauptangebot sowie ein Alternativangebot gelegt. Nach Angebotsöffnung habe sich folgende Reihung ergeben:

1. C*** (Alternative 1): EUR 2.643,659,84

2. Antragstellerin (Alternative 2): EUR 2.798,497,50

3. Antragstellerin (Alternative 1): EUR 2.880.276,92

4. Antragstellerin (Hauptangebot): EUR 2.923.524,13

5. C*** (Hauptangebot): EUR 2.932.209,66

Am 5.6.2009 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem Alternativangebot 1 der C*** den Zuschlag zu erteilen. Als Grund für die Ablehnung der Antragstellerin seien der niedrigere Angebotspreis des

Alternativangebotes der C*** genannt worden, wobei keine Ausführungen zum Qualitätskriterium gemacht worden seien.

Diese Zuschlagsentscheidung sei jedoch rechtswidrig, da das Alternativangebot der C*** gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen wäre und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin, und zwar auf das derzeit zweitgereichte Angebot der Antragstellerin, hätte lauten müssen. Diese Zuschlagsentscheidung sei jedoch rechtswidrig, da das Alternativangebot der C*** gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen wäre und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin, und zwar auf das derzeit zweitgereichte Angebot der Antragstellerin, hätte lauten müssen.

Zum verpflichtenden Ausscheidung des Alternativangebotes der C*** werde ausgeführt, dass entsprechend Punkt B.1.208.1.1 der Ausschreibungsunterlagen Alternativangebote neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot (in Übereinstimmung mit dem Auftraggeber-Entwurf) zulässig seien. Dabei sei vom ein Alternativangebot einreichenden Bieter aber die Gleichwertigkeit nachzuweisen gewesen. In diesem Sinn sehe Punkt B.1.208.1.2 der Ausschreibungsunterlagen vor, dass Alternativangebote sowie auch Abänderungsangebote mit der Ausschreibung technisch, wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig und vergleichbar sein müssen. Als Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten würden die Teile B.5, B.6. und B.7. der Ausschreibungsunterlagen gelten.

Teil B.7 (technisches Leistungsverzeichnis) der Ausschreibungsunterlagen sehe als Gründung für Lärmschutzwände im ausschreibungskonformen Hauptangebot die ausschließliche Verwendung von "Bohrpfählen" vor. Demgegenüber sei von der C*** in ihrem auf den ersten Rang gereihten Alternativangebot die Verwendung von kostengünstigeren "Rammpfählen" in einem Ausmaß vorgesehen und kalkulatorisch berücksichtigt, vielleicht sogar zu 100%, das nicht ausführbar sei. Nur so sei zu erklären, dass die C*** mit ihrem Alternativangebot auf Rang 1 gereiht worden sei, auf den Rängen 2 bis 4 aber ausschließlich Angebote der Antragstellerin und erst dahinter das Hauptangebot der C***. Dieser große Preisunterschied zwischen dem Alternativangebot und dem Hauptangebot von C*** folge aus dem überwiegenden bzw vielleicht sogar ausschließlichen Einsatz von Rammpfählen. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass gemäß dem in Teil B.3 der Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen "Bodenmechanischen Gutachten über die Pfahlgründung der Lärmschutzwand LSW 7 Badener Straße, A 21 Wiener Außenringautobahn, Knoten Steinhäusel Bauprojekt 2009, von Herrn B***, auf den Seiten 5, 7, 12 und 14 ausdrücklich folgendes festgehalten sei:

"

"Die felsartigen Flysche sind nicht rammbär; daher werden die Rammpfähle nicht in die Flysche reichen können. [...]

Im Bereich von Verkittungen, Blocklagen oder sehr dichter Lagerung bzw. an der Oberfläche des felsartigen Flysches mussten alle Rammsondierungen abgebrochen werden. [...]

Auf Grund der Konzeption der Lärmschutzwände, der zu erwartenden Bauwerkslasten und den angetroffenen Untergrundverhältnissen ist eine Gründungsart mittels verrohrter Bohrpfähle aus technischen und wirtschaftlichen Gründen zweckmäßig. Auf Grund der Verhärtungen sowie Blocklagen im Baugrund und dem Flyschgesteln ist mit erheblichen Meißelarbeiten zu rechnen. [...]

Die felsartigen Flysche und die Lockergesteine mit den Blöcken sind nicht rammbär; daher werden Rammpfähle nicht ausführbar sein. [...]

Es sind daher Bohrpfähle erforderlich, bei deren Herstellung mit erheblichen Meißelarbeiten zu rechnen ist. [...]"

Ähnliche Ausführungen seien auch in dem in Teil B.3 der Ausschreibungsunterlagen angeführten Gutachten enthalten, sodass die Problematik der Verwendbarkeit von Rammpfählen nicht nur die Lärmschutzwand 7 im Bereich Badener Straße betreffe.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG treffe den Auftraggeber aber die Pflicht, nicht gleichwertige Alternativangebote auszuschneiden. Daraus sei auch die Pflicht des Auftraggebers zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten abzuleiten. Dabei stelle die Grenze der Anerkennung von Alternativangeboten mit abweichenden technischen Spezifikationen die Vergleichbarkeit mit den ausschreibungskonformen Hauptangeboten dar. Der Bieter sei wiederum verpflichtet, alle Nachweise zur Beurteilung der Gleichwertigkeit seines Alternativangebotes bereits mit dem Angebot vorzulegen. Die C*** wäre daher verpflichtet gewesen, den technisch ohnedies nicht möglichen Nachweis der Gleichwertigkeit des von ihr vorgelegten Alternativangebotes bereits im Angebot zu erbringen. Gemäß

Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG treffe den Auftraggeber aber die Pflicht, nicht gleichwertige Alternativangebote auszuschneiden. Daraus sei auch die Pflicht des Auftraggebers zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten abzuleiten. Dabei stelle die Grenze der Anerkennung von Alternativangeboten mit abweichenden technischen Spezifikationen die Vergleichbarkeit mit den ausschreibungskonformen Hauptangeboten dar. Der Bieter sei wiederum verpflichtet, alle Nachweise zur Beurteilung der Gleichwertigkeit seines Alternativangebotes bereits mit dem Angebot vorzulegen. Die C*** wäre daher verpflichtet gewesen, den technisch ohnedies nicht möglichen Nachweis der Gleichwertigkeit des von ihr vorgelegten Alternativangebotes bereits im Angebot zu erbringen.

Es sei aber auszuschließen, dass eine Gründung der Lärmschutzwände unter großflächiger oder ausschließlicher Verwendung von Rammpfählen durchführbar sei; dies sei einfach unmöglich. Schon aus dem oben erwähnten Gutachten für die Lärmschutzwand 7 folge, dass Bohrpfähle im erheblichen Ausmaß erforderlich seien, womit das Alternativangebot von C*** aber nicht gleichwertig sei. Bei der Feststellung der mangelnden Gleichwertigkeit des Alternativangebots von C*** seien zudem auch nur solche Unterlagen zu berücksichtigen, die bereits dem Angebot selbst beigelegt worden seien.

Aus diesen Gründen wäre das Alternativangebot von C*** gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen und die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin auf ihr derzeit zweitgereihtes Angebot lauten müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der C*** sei daher für nichtig zu erklären. Aus diesen Gründen wäre das Alternativangebot von C*** gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen und die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin auf ihr derzeit zweitgereihtes Angebot lauten müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der C*** sei daher für nichtig zu erklären.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, sie sei ein österreichisches Unternehmen, welches seit vielen Jahren erfolgreich im Straßenbau sowie dem Bau von Lärmschutzeinrichtungen tätig sei. Im Zuge ihrer Tätigkeit bearbeite die Antragstellerin neben internationalen Märkten auch den österreichischen Markt. Die Durchführung von Baumaßnahmen wie des ausschreibungsgegenständlichen Auftrages sei ein wesentlicher Geschäftszweig der Antragstellerin. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt. Daraus ergebe sich unzweifelhaft das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss; dieses sei aber auch schon allein durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages evident.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, dass auf Grund der ausgeführten Rechtswidrigkeiten keine vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung erfolgt sei und die Zuschlagsentscheidung daher zu Unrecht nicht auf die Antragstellerin laute. Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben, so wäre mit einer (unverzöglichen) rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die C*** zu rechnen. Der Antragstellerin würde daher der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn von rund Euro 500.000 entgehen. Weiters drohe der Antragstellerin auch ein Schaden aus den - im Falle einer mangelnden Nichtigerklärung - frustrierten Kosten der Angebotslegung in Höhe von rund Euro 15.000 (158 Stunden bei angenommenen Stundensatz von Euro 95). Darüber hinaus seien der Antragstellerin Kosten für die Rechtsvertretung erwachsen, ebenso die für den gegenständlichen Antrag entrichteten Pauschalgebühren, somit insgesamt rund Euro 523.761.-. Daneben drohe der Antragstellerin durch eine rechtswidrige Verfahrensfortführung und Vergabe des gegenständlichen Auftrages auch der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden erfasse der Begriff des Schadens nicht nur bloße Vermögensschäden im Sinne des Zivilrechts, sondern ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung daher generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf eine vergaberechtskonforme Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten, im Recht auf Ausscheidung eines technisch nicht gleichwertigen Alternativangebotes, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in

Aussicht genommen Zuschlagsempfängers, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG. Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung daher generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf eine vergaberechtskonforme Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten, im Recht auf Ausscheidung eines technisch nicht gleichwertigen Alternativangebotes, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommen Zuschlagsempfängers, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG.

Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf die bisherigen Ausführungen und erhob die angebotenen Beweismittel zum Vorbringen bzw. zu Bescheinigungsmitteln dieses Antrages. Zur unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin werde ergänzend ausgeführt, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch die Erteilung des Zuschlages vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden können; dies obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren bzw. die Bestbieterermittlung aufgrund der geschilderten Vergabeverstöße mit gravierenden Mängeln behaftet sei. Bei einer Nichterlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohe insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn im Ausmaß von Euro 523.761.-. Hinsichtlich der sonstigen unmittelbar drohenden Schäden werde auf das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag verwiesen.

Einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung stünden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeberin und der sonstigen Mitbieter entgegen. Zudem seien öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Verfahrensverzögerungen auf Grund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei ein der Auftraggeberin allfällig entstehender Schaden schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil sie durch ihre grob rechtswidrige Vorgehensweise die Situation geschaffen habe, welche diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht habe. Dieser Umstand werde auch vom Europäischen Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Erlassung einstweiliger Anordnungen gemäß Art 243 EG (zB Rs C-87/94 Kommission/Belgien) berücksichtigt. Eine einstweilige Verfügung stelle daher für die Auftraggeberin und die Mitbieter keine unverhältnismäßige Belastung dar. Eine Gefährdung von Leib und Leben sei durch einen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verzögerten Abschluss des gegenständlichen Bauauftrags nicht gegeben. Besondere öffentliche Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden, seien daher nicht ersichtlich. Auftraggeberinteressen sowie allfällige Interessen von Mitbieter, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich bzw. zumindest unbeachtlich. Ein besonderes Dringlichkeitsinteresse an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens sei jedenfalls nicht gegeben. Die Interessensabwägung habe daher zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen, da nur ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien. Einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung stünden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeberin und der sonstigen Mitbieter entgegen. Zudem seien öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Verfahrensverzögerungen auf Grund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei ein der Auftraggeberin allfällig entstehender Schaden schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil sie durch ihre grob rechtswidrige Vorgehensweise die Situation geschaffen habe, welche diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht habe. Dieser Umstand werde auch vom Europäischen Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Erlassung einstweiliger Anordnungen gemäß Artikel 243, EG (zB Rs C-87/94 Kommission/Belgien) berücksichtigt. Eine einstweilige Verfügung stelle daher für die Auftraggeberin und die Mitbieter keine unverhältnismäßige Belastung dar. Eine Gefährdung von Leib und Leben sei durch einen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verzögerten Abschluss des gegenständlichen Bauauftrags nicht gegeben. Besondere öffentliche Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden, seien daher nicht ersichtlich. Auftraggeberinteressen sowie allfällige Interessen von Mitbieter, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich bzw. zumindest unbeachtlich. Ein besonderes Dringlichkeitsinteresse an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens sei jedenfalls nicht gegeben. Die Interessensabwägung habe daher zu Gunsten der Antragstellerin

auszufallen, da nur ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien.

Der Auftraggeber legte am 16.6.2009 dem Bundesvergabebeamten die Originalunterlagen vor und erteilte in seiner Stellungnahme vom selben Tag allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Einwände gegen die beantragte Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden nicht erhoben.

Aufgrund der Akteninhalte, der vorgelegten Originalunterlagen und der Stellungnahmen des Auftraggebers und der Antragstellerin wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Mai 2009 schrieb die ASFINAG Bau Management GmbH als vergebende Stelle im Namen der ASFINAG Wien die Herstellung der Lärmschutzmaßnahmen im Bereich des Knoten Steinhäusl entlang der A 21 Wiener Außenring Autobahn als Bauauftrag, CPV Code 45233110, Zusatzteil IA39 und ergänzende Maßnahmen CPV Code 45233000, Zusatzteil IA39, im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich aus. Als Datum der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Amtlichen Lieferungsanzeiger wurde vom Auftraggeber der 6.5.2009 angegeben. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Die Angebotsöffnung erfolgte am 25.5.2009, 14.00 Uhr. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers im Unterschwellenbereich und beträgt Euro 4,394 Mio.-.

Die Antragstellerin hat neben 3 weiteren Bietern rechtzeitig ein Hauptangebot und zwei Alternativangebote abgegeben. Nach der Angebotsöffnung, bei der laut Niederschrift die präsumtive Zuschlagsempfängerin, nicht aber die Antragstellerin, vertreten war, hat sich folgende Reihung ergeben:

1. C*** (Alternative 1): EUR 2.643,659,84
2. Antragstellerin A*** (Alternative 2): EUR 2.798,497,50
3. Antragstellerin A*** (Alternative 1): EUR 2.880.276,92
4. Antragstellerin A*** (Hauptangebot): EUR 2.923.524,13
5. C*** (Hauptangebot): EUR 2.932.209,66
6. BG D***/E*** (Hauptangebot) EUR 3.127.060,39
7. F*** (Hauptangebot) EUR 3.449.671,06

Demnach wurde das Alternativangebot 1 der C*** preislich an erste Stelle, das Alternativangebot 2 der Antragstellerin an zweite Stelle gereiht. Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen soll der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden und wird der Gesamtpreis mit 97% und die Qualität (d.h. eine etwaige Verkürzung der Ausführungsdauer und/oder eine etwaige Verlängerung der Gewährleistungsfrist) mit 3% gewichtet. Nach Prüfung der Angebote und laut Prüfbericht wurde dieses Ergebnis bestätigt.

Mit Telefax, datiert 5.6.2009 hat daher der Auftraggeber sämtlichen Bietern und auch der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der C***, Alternativangebot 1, mit einer Vergabesumme von Euro 2,643.659,64.-(97 Punkte gewichtet) bekanntgegeben und der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot auf Grund der erfolgten Preisbewertung für die Zuschlagserteilung nicht in Frage kommt.

Mit Schriftsatz vom 12.6.2009 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen wäre, vielmehr die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin, und zwar auf das zweitgereichte Angebot der Antragstellerin hätte lauten müssen. Mit Schriftsatz vom 12.6.2009 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen wäre, vielmehr die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin, und zwar auf das zweitgereichte Angebot der Antragstellerin hätte lauten müssen.

In Teil B.5 (Technische Vertragsbestimmungen) der Ausschreibungsunterlagen sind unter Punkt 2.(

Fundierung/Steherbefestigung), Unterpunkt 2.1. als " Baustoffe für Fundierungen" u.a. Ortbetonbohrpfähle und Stahlrammrohre zugelassen, wobei der zulässige Anwendungsbereich dieser Pfähle in Punkt 2.2. und 2.3. der Ausschreibungsbestimmungen geregelt ist.

Dem dem Teil B.3 der Ausschreibungsunterlagen angeschlossenen "Bodenmechanischen Gutachten", datiert April 2009, von Herrn B*** ...und allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Grundbau und Bodenmechanik ist zu entnehmen:

Seite 5

"

"Die felsartigen Flysche sind nicht rammbaar; daher werden die Rammpfähle nicht in die Flysche reichen können. [...]"

Seite 7

"Im Bereich von Verkittungen, Blocklagen oder sehr dichter Lagerung bzw. an der Oberfläche des felsartigen Flysches mussten alle Rammsondierungen abgebrochen werden. [...]"

Seite 12

"Auf Grund der Konzeption der Lärmschutzwände, der zu erwartenden Bauwerkslasten und den angetroffenen Untergrundverhältnissen ist eine Gründungsart mittels verrohrter Bohrpfähle aus technischen und wirtschaftlichen Gründen zweckmäßig. Auf Grund der Verhärtungen sowie Blocklagen im Baugrund und dem Flyschgestein ist mit erheblichen Meißelarbeiten zu rechnen. [...]"

Seite 14

"Die felsartigen Flysche und die Lockergesteine mit den Blöcken sind nicht rammbaar; daher werden Rammpfähle nicht ausführbar sein. [...]"

Es sind daher Bohrpfähle erforderlich, bei deren Herstellung mit erheblichen Meißelarbeiten zu rechnen ist. [...]"

Die Ausschreibungsbestimmungen sind unbekämpft geblieben.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- bezahlt. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG, welche öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04-10) ist. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG als offenes Verfahren geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs.1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG, welche öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04-10) ist. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG als offenes Verfahren geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Die Zuschlagsentscheidung ging der Antragstellerin am 5.6.2009 zu. Die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung endete gemäß § 56 Abs 3 BVergG am 12.6.2009 um 24:00 Uhr. Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher jedenfalls rechtzeitig. Die Zuschlagsentscheidung ging der Antragstellerin am 5.6.2009 zu. Die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung endete gemäß Paragraph 56, Absatz 3, BVergG am 12.6.2009 um 24:00 Uhr. Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher jedenfalls rechtzeitig.

Die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin ist gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, lit a Sub-Litera, a, a, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 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 BVergG 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. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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. 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.

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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere 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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen - wie oben ausführlich dargestellt - zusammengefasst im Erhalt des Auftrags und der Vermeidung des drohenden Schadens. Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend gemacht.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass

der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG 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 schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 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).

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 den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, durch die einstweilige Verfügung zu verhindern, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags wäre, stellt die Untersagung der Zuschlagserteilung ein geeignetes Mittel dar, um das Nachprüfungsverfahren zu sichern. Es ist in diesem Zusammenhang das einzige zum Ziel führende Mittel. Da die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin im Übrigen nicht beschränkt wird, stellt es auch das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs 2 BVergG dar. Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags wäre, stellt die Untersagung der Zuschlagserteilung ein geeignetes Mittel dar, um das Nachprüfungsverfahren zu sichern. Es ist in diesem Zusammenhang das einzige zum Ziel führende Mittel. Da die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin im Übrigen nicht beschränkt wird, stellt es auch das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG dar.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 jedoch keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, nämlich der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabebeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008- 011; siehe auch VfGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4) und ist die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste zum Ziel führende Mittel. Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 jedoch keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, nämlich der

Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008- 011; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4) und ist die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste zum Ziel führende Mittel.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Stattgebung, kein Einwand des Auftraggebers;

Zuletzt aktualisiert am

14.07.2009

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