

TE Verg Bescheid 2009/6/4 N/0056-BVA/13/2009-15EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.06.2009

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Sanierung Ofenauer- und Hieflertunnel, Tunnelgruppe Werfen, Salzachtalbrücke (BuS, Bau und Brücke)" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5- 9, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 29. Mai 2009 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Sanierung Ofenauer- und Hieflertunnel, Tunnelgruppe Werfen, Salzachtalbrücke (BuS, Bau und Brücke)" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5- 9, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 29. Mai 2009 wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Sanierung Ofenauer- und Hieflertunnel, Tunnelgruppe Werfen und Salzachtalbrücke (BuS, Bau und Brücke)" untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 10. Juli 2009 untersagt, im

Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Sanierung Ofenauer- und Hieflertunnel, Tunnelgruppe Werfen, Salzachtalbrücke (BuS, Bau und Brücke)" den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVerfG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVerfG

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 29. Mai 2009 (beim BVA am selben Tag eingelangt) das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung und auf Gebührenersatz.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen aus:

Die ASFINAG Bau Management GmbH im Vollmachtsnamen der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft habe Bauleistungen betreffend das Projekt "A10 Tauernautobahn, Sanierung Ofenauer- und Hieflertunnel, Tunnelgruppe Werfen und Salzachtalbrücke (BuS, Bau und Brücke)" im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt, welches nach den Zuschlagskriterien (Gesamtpreis 97%, Qualität 3%) an erste Stelle zu reihen sei.

Angefochten werden die per Telefax vom 18. Mai 2009 übermittelte Ausscheidensentscheidung sowie die zugunsten der Bietergemeinschaft 1. D*** und 2. E*** getroffene Zuschlagsentscheidung. Das Ausscheiden sei damit begründet worden, dass "die zur konkreten Leistungserbringung erforderliche Befugnis eines Ziviltechnikers bzw. technischen Büros für Vermessungswesen gemäß PlaDOK nicht gegeben" sei.

Die Anwendbarkeit der Allgemeinen Richtlinie "PlaDOK" ("Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen"), herausgegeben von der Auftraggeberin, setze voraus, dass die Erstellung von Bestandsdokumenten als Leistung konkret ausgeschrieben wurde. Dies sei gegenständlich aber nicht der Fall. In den Ausschreibungsunterlagen werde weder in der Leistungsbeschreibung Teil B.7 noch in den Technischen Vertragsbestimmungen Teil B.5 festgelegt, dass Bestandsdokumente gemäß PlaDOK gesondert anzubieten seien. Eine andere Auslegung würde den Auslegungsregeln der §§ 914 f ABGB widersprechen. Da somit eine Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK nicht vom ausgeschriebenen Leistungsumfang umfasst sei, sei auch der Nachweis einer entsprechenden Befugnis nicht erforderlich (§ 71 BVerfG). Losgelöst davon sei die Antragstellerin aber ohnehin befugt, die in Rede stehenden Leistungen zu erbringen. Insbesondere ihre Mitglieder C*** und B*** seien im Rahmen des Baumeistergewerbes befugt, alle erforderlichen Vermessungs- und Planungsleistungen zur Erstellung der Bestandsdokumentation vorzunehmen. Sollte das Bundesvergabeamt wider Erwarten vom Erfordernis der Befugnis eines Ziviltechnikers bzw. technischen Büros für Vermessungswesen ausgehen, so ergebe sich die Befugnis aus § 32 Abs 1 Z 1 GewO, zumal es sich bei der "Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK" um Leistungen handle, welche nur ca. 0,02% des Gesamtauftrages ausmachen. Weiters sei die als Subunternehmerin namhaft gemachte F*** befugt, als technisches Büro Bestandsdokumentationen gemäß PlaDOK zu erbringen. Aus all diesen Gründen erweise sich die Ausscheidensentscheidung als rechtswidrig. Da das Angebot der Antragstellerin aufgrund der Zuschlagskriterien an erste Stelle zu reihen sei, wäre der Zuschlag unter Beachtung von § 130 Abs 1 BVerfG der Antragstellerin zu erteilen. Auch die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Die Anwendbarkeit der Allgemeinen Richtlinie "PlaDOK" ("Dokumentationsrichtlinie für Bestandsunterlagen"), herausgegeben von der Auftraggeberin, setze voraus, dass die Erstellung von Bestandsdokumenten als Leistung konkret ausgeschrieben wurde. Dies sei gegenständlich aber nicht der Fall. In den Ausschreibungsunterlagen werde weder in der Leistungsbeschreibung Teil B.7 noch in den Technischen Vertragsbestimmungen Teil B.5 festgelegt, dass Bestandsdokumente gemäß PlaDOK gesondert anzubieten seien. Eine andere Auslegung würde den Auslegungsregeln der Paragraphen 914, f ABGB widersprechen. Da somit eine Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK nicht vom ausgeschriebenen Leistungsumfang umfasst sei, sei auch der Nachweis einer entsprechenden Befugnis nicht erforderlich (Paragraph 71, BVerfG). Losgelöst davon sei die Antragstellerin aber ohnehin befugt, die in Rede stehenden Leistungen zu erbringen. Insbesondere ihre Mitglieder C*** und B*** seien im Rahmen des Baumeistergewerbes befugt, alle erforderlichen Vermessungs- und Planungsleistungen zur Erstellung der Bestandsdokumentation vorzunehmen. Sollte das Bundesvergabeamt wider Erwarten vom Erfordernis der Befugnis eines Ziviltechnikers bzw. technischen Büros für Vermessungswesen ausgehen, so ergebe sich die Befugnis aus Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO, zumal es sich bei der "Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK" um Leistungen handle, welche nur ca. 0,02% des Gesamtauftrages

ausmachen. Weiters sei die als Subunternehmerin namhaft gemachte F*** befugt, als technisches Büro Bestandsdokumentationen gemäß PlaDOK zu erbringen. Aus all diesen Gründen erweise sich die Ausscheidensentscheidung als rechtswidrig. Da das Angebot der Antragstellerin aufgrund der Zuschlagskriterien an erste Stelle zu reihen sei, wäre der Zuschlag unter Beachtung von Paragraph 130, Absatz eins, BVergG der Antragstellerin zu erteilen. Auch die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Durch die Angebotslegung habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss hinreichend dokumentiert. Aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens und der bevorstehenden rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die oben genannte Bietergemeinschaft drohe der Antragstellerin ein Schaden, der sich in der Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages, im entgangenen Gewinn, in Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und Rechtsberatungskosten und im Verlust eines Referenzprojektes manifestiere. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtenen Auftraggeberentscheidungen in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, Zuschlagserteilung und Durchführung eines dem BVergG 2006 entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt.

Die beantragte vorläufige Maßnahme sei erforderlich und geeignet, die aus der rechtswidrigen Zuschlagserteilung resultierenden Rechtsnachteile abzuwenden. Es handle sich auch um das gelindeste Mittel. Für die Auftraggeberin sei hiermit keine unverhältnismäßige Belastung verbunden. Die Auftraggeberin sei mangels Wahl eines beschleunigten Verfahrens selbst von keiner besonderen Dringlichkeit ausgegangen. Eine aktuelle Gefährdung von Leib und Leben und Eigentum sei nicht anzunehmen.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft übermittelte mit Schriftsatz vom 3. Juni 2009 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und am 4. Juni 2009 die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens. Auftraggeberin sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFING), vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handle sich um einen im Oberschwellenbereich anzusiedelnden Bauauftrag (CPV-Code 31600000-2, 31720000-9, 31527220-4, 32552120-4, 452221119, 45221241), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage € 19.900.000,- (exkl. USt). Die Zuschlagsentscheidung sei am 18. Mai 2009 mittels Telefax bekannt gegeben worden. Mit Telefax vom selben Tag sei die Antragstellerin über das Ausscheiden ihres Angebotes in Kenntnis gesetzt worden. Das Verfahren sei weder widerrufen worden noch sei der Zuschlag erteilt worden.

Im Übrigen wurden seitens der Auftraggeberin keine der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehende Interessen bekannt gegeben.

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der darauf Bezug nehmenden Beilagen und der Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt:

Die gegenständliche Leistung betrifft die Lieferung und Montage der BuS Ausstattung für die Tunnelanlagen Ofenauer- und Hieflertunnel sowie für die Tunnelgruppe Werfen (Bretenberg, Zetzenberg, Helbersberg und Reit) sowie die Generalsanierung der Salzachbrücke und wurde im Dezember 2008 im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-449059-8c19; Supplement zum Amtsblatt der EU 2008/S 87-118298). Auftraggeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handelt sich laut Angaben der Auftraggeberin um einen Bauauftrag (CPV-Codes laut Bekanntmachung: 31600000, 31720000, 32552120, 34994000, 45221119; laut Stellungnahme vom 3. Juni 2009: 31600000-2, 31720000-9, 31527220-4, 32552120-4, 45221119, 45221241). Der geschätzte Auftragswert wurde mit € 19.900.000,- (exkl. USt.) angegeben (Stellungnahme vom 3. Juni 2009). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war nach mehrfacher Berichtigung der 10. März 2009 vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Die Antragstellerin legte mit einer Angebotssumme von € 18.499.088,46 (exkl. USt) das billigste Angebot.

Nach Aufklärungsgesprächen am 7. und 23. April 2009 und einem schriftlichen Aufklärungsersuchen vom 6. Mai 2009, welches die Antragstellerin mit Schreiben vom 12. Mai 2009 beantwortete, wurde der Antragstellerin mit Telefax vom 18. Mai 2009 mitgeteilt, dass ihr Angebot auszuschneiden war, "weil die zur konkreten Leistungserbringung erforderliche Befugnis eines Ziviltechnikers bzw. Technischen Büros für Vermessungswesen gemäß PlaDOK nicht gegeben ist". Weiters wurde am selben Tag die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. D*** und 2. E*** bekannt gegeben.

Am 29. Mai 2009 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein.

Entsprechend den Informationen der Auftraggeberin wurde das Vergabeverfahren weder durch Zuschlag noch durch Widerruf beendet.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Unvorgreiflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zunächst davon ausgegangen, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handelt (§§ 4 und 12 Abs 1 Z 3 BVergG), der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006. Zufolge den Informationen der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung entsprechend § 291 Abs 2 iVm § 312 Abs 2 Z 1 BVergG gegeben ist. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Unvorgreiflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zunächst davon ausgegangen, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handelt (Paragraphen 4 und 12 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG), der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006. Zufolge den Informationen der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung entsprechend Paragraph 291, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG gegeben ist.

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. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbaren Entscheidungen "Ausscheiden eines Angebotes" und "Zuschlagsentscheidung" gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. 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 (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet. 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. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbaren Entscheidungen "Ausscheiden eines Angebotes" und "Zuschlagsentscheidung" gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. 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 (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 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 329, Absatz eins, BVergG 2006 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 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Entscheidungen vom 18. Mai 2009, einerseits das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden und andererseits den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. D*** und 2. E*** erteilen zu wollen, behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nur insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann (siehe ua BVA vom 30. Oktober 2001, N-106/01-8). Dies ist bei den gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidungen nicht der Fall. Die Behauptungen der Antragstellerin erscheinen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren zu beurteilen sein.

Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin monierte Rechtswidrigkeit zutrifft, droht der Antragstellerin der Verlust des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Die Sicherung dieses möglicherweise bestehenden Anspruches erfordert daher, dass das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, der die Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Möglichkeit der Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den drohenden Gewinnentgang und den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist. Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den drohenden Gewinnentgang und den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist.

Demgegenüber hat die Auftraggeberin davon abgesehen, ihrerseits gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Eine besondere Dringlichkeit der vorliegenden Leistungserbringung ist auch insofern auszuschließen, als die Auftraggeberin kein beschleunigtes Verfahren gewählt hat und die Angebotsfrist von 11. Februar 2009 schlussendlich auf 10. März 2009 erstreckt wurde. In diesem Zusammenhang ist auch die ständige Rechtsprechung, wonach ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat, in Erinnerung zu rufen (siehe etwa BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; BVA vom 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10 mwN).

Im Übrigen sind keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung sprechen würden, zu Tage getreten. Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure

Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen.

Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Zuschlagserteilung. Der der Zuschlagsentscheidung logisch folgende nächste Schritt in einem Vergabeverfahren ist die Erteilung des Zuschlages nach Ablauf der Stillhaltefrist, sodass die begehrte Maßnahme jedenfalls geeignet und nötig ist, um von der Antragstellerin den aus allenfalls vorliegenden Rechtswidrigkeiten entstandenen bzw unmittelbar drohenden Schaden zu beseitigen oder abzuwehren. Mit der Untersagung der Zuschlagserteilung wird die Auftraggeberin nur an jenem Schritt gehindert, der unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, sodass sich die Maßnahme auch als die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme darstellt.

Zur Dauer der begehrten Maßnahmen ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer gemäß § 326 BVergG bis 10. Juli 2009 zu befristen war (siehe etwa BVA vom 4. Juni 2007, N/0055-BVA/08/2007-16). Zur Dauer der begehrten Maßnahmen ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer gemäß Paragraph 326, BVergG bis 10. Juli 2009 zu befristen war (siehe etwa BVA vom 4. Juni 2007, N/0055-BVA/08/2007-16).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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