

TE Verg Bescheid 2009/5/27 N/0044-BVA/04/2009-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle I Nr 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S 06 Semmering Schnellstraße, Generalsanierung Tunnelkette Bruck, BL 03- Dienstleistung Generalplanung Tunnel VP, EP und BP", 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***, vertreten durch X***, vom 19. Mai 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle römisch eins Nr 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S 06 Semmering Schnellstraße, Generalsanierung Tunnelkette Bruck, BL 03- Dienstleistung Generalplanung Tunnel VP, EP und BP", 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***, vertreten durch X***, vom 19. Mai 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "der Antragsgegnerin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren die Angebotsöffnung und die Erteilung des Zuschlages untersagen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "S 06 Semmering Schnellstraße, Generalsanierung Tunnelkette Bruck, BL 03-Dienstleistung Generalplanung Tunnel VP, EP und BP", die Angebote zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand "S 06 Semmering Schnellstraße, Generalsanierung Tunnelkette Bruck, BL 03-Dienstleistung Generalplanung Tunnel VP, EP und BP" wurde in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip europaweit ausgeschrieben. Die Angebotsfrist wurde nach der ersten Berichtigung vom 12.5.2009 mit einer weiteren Berichtigung auf 3.6.2009, 11.00 Uhr, erstreckt.

Mit Schriftsatz vom 5.5.2009 brachte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag ein, in dem die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung in den Punkten 3.1.1., 3.1.6., 4.1.3., 4.1.4., 4.1.5., 4.1.6., 4.1.8., 4.1.9., 4.1.10., 4.1.13., 4.1.15., 4.1.20., 4.2.4., 4.2.5., 4.2.8., 4.2.3. und 4.3.3. begehrt wurde. Außerdem wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG beantragt. Mit Schriftsatz vom 5.5.2009 brachte die A*** (in der Folge Antragsteller) einen Nachprüfungsantrag ein, in dem die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung in den Punkten 3.1.1., 3.1.6., 4.1.3., 4.1.4., 4.1.5., 4.1.6., 4.1.8., 4.1.9., 4.1.10., 4.1.13., 4.1.15., 4.1.20., 4.2.4., 4.2.5., 4.2.8., 4.2.3. und 4.3.3. begehrt wurde. Außerdem wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG beantragt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens in wesentlichen Bereichen den Bestimmungen des BVergG 2006 widerspreche, da Positionen unkalkulierbar, intransparent und unverhältnismäßig seien, sodass gegen die Bestimmungen der §§ 19, 79 Abs 3, 96 Abs 1 und Abs 6 sowie § 99 Abs 2 BVergG verstoßen werde. Unkalkulierbare Vertrags- oder Leistungsbestandteile oder die Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken würden auch in der Judikatur als im Widerspruch zu den Grundsätzen der Ausschreibung und der Leistungsbeschreibung stehend beurteilt. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens in wesentlichen Bereichen den Bestimmungen des BVergG 2006 widerspreche, da Positionen unkalkulierbar, intransparent und unverhältnismäßig seien, sodass gegen die Bestimmungen der Paragraphen 19, 79, Absatz 3, 96, Absatz eins und Absatz 6, sowie Paragraph 99, Absatz 2, BVergG verstoßen werde. Unkalkulierbare Vertrags- oder Leistungsbestandteile oder die Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken würden auch in der Judikatur als im Widerspruch zu den Grundsätzen der Ausschreibung und der Leistungsbeschreibung stehend beurteilt.

In der Leistungsbeschreibung D.3 sei unter Punkt 3.1. als Leistungsziel vorgesehen, dass sämtliche für die Erreichung des Projektzieles erforderlichen Leistungen vom Bieter zu erfassen und zu kalkulieren seien. Bei Unterlassen der Rüge im Fall wesentlicher Abweichungen zwischen Projektziel und Aufgabenbeschreibung würde davon ausgegangen, dass der Bieter zur Erreichung des Leistungszieles umfassend kalkuliert habe und daher eine Nachforderung ausgeschlossen sei. Punkt 3.1.6. beziehe sich auf die Trassenschutz-Richtlinie, deren enthaltene Angaben inhaltlich zu berücksichtigen seien, wobei allfällige Erschwernisse im Einheitspreis abgegolten seien.

In den allgemeinen Vertragsbestimmungen (Punkt D.4) ergebe sich aus Unterpunkt 4.1.3., dass sich ein Bieter soweit informiert habe, dass er aus dem Titel der Unkenntnis von Informationen und Unterlagen keine Forderungen erheben werde. Aus der folgenden Bestimmung ergebe sich, dass der Auftraggeber über die Beiziehung erforderlicher Sonderfachleute nachweislich in Kenntnis zu setzen und dessen schriftliche Zustimmung für die Weitergabe des Leistungsteiles einzuholen sei. Änderungen bei der Personalausstattung seien mit Pönalen verbunden. Punkt 4.1.6. bestimme, dass eine vom Auftraggeber erteilte Freigabe zu Plänen und Unterlagen nicht als Bestätigung für deren Richtigkeit und Zweckmäßigkeit für die Ausführung interpretiert werden könne. In Punkt 4.1.8. werde geregelt, dass unabhängig vom Termin der Vergabeentscheidung als vertraglich relevante Termine die in der Leistungsbeschreibung angeführten Terminfestlegungen entscheidend seien. Punkt 4.1.9. regle, dass aus einer vom Auftraggeber angeordneten zeitweiligen Unterbrechung der Leistungserfüllung für den Auftragnehmer kein Anspruch auf Vergütung erwachse. Punkt 4.1.10. umfasse eine Regelung, wonach ein gänzlicher Entfall von Teilleistungen auf Weisung des Auftraggebers auch den Entfall der dafür vereinbarten Vergütung nach sich ziehe. Punkt 4.1.13. sehe vor, dass der

Auftragnehmer mit Legung der Schlussrechnung bestätige, sämtliche erbrachten Leistungen fakturiert zu haben. Damit könne der Auftragnehmer auch nicht weitere in der Schlussrechnung nicht fakturierte Forderungen in Rechnung stellen. Ebenso seien Teilschlussrechnungen für abgerechnete Teilleistungen ausgeschlossen.

Nach Punkt 4.1.15. sei eine Freigabe von Auftragnehmerentwürfen durch den Auftraggeber nicht mit einer Auftraggeberprüfung im Hinblick auf die technische Richtigkeit, Ausführbarkeit oder Kompatibilität mit anderen Teilen oder Gewerken gleichzusetzen. Vielmehr sei dies lediglich als Zustimmung des Auftraggebers zu den Unterlagen im Bezug auf Plausibilität und Einhaltung seiner Vorgaben zu deuten. Der Auftragnehmer sei dadurch nicht von seiner alleinigen Haftung für die Richtigkeit und Vertragskonformität der erbrachten Leistung entbunden. Damit sei weder der Auftraggeber zur sofortigen Untersuchung noch zur unverzüglichen Mängelrüge verpflichtet, um seine Ansprüche aus allfälligen Mängeln zu sichern. Gemäß Punkt 4.1.20. verzichte der Auftragnehmer auf Anfechtung des abgeschlossenen Vertrages wegen Irrtums bzw. Anpassung.

Zu den besonderen Vertragsbestimmungen unter Teil D.4 Unterpunkt

4.2.4. wurde vorgebracht, dass darin eine besondere Koordinationsverpflichtung für den Auftragnehmer enthalten sei. Den Auftragnehmer treffe die Pflicht zur nachweislichen detaillierten Abstimmung mit dem Auftraggeber und mit den Auftraggebern weiterer laufender Projekte - sofern diese dem Auftragnehmer bekannt gegeben worden seien - zu sämtlichen Leistungen und Dispositionen. Gemäß Punkt 4.2.5. treffe den Auftragnehmer eine besondere Haftung für sich bedingende, überschneidende oder sich zueinander oder auseinander ergebenden Leistungen, für die verschiedene Auftragnehmer beauftragt worden seien. Einen Auftragnehmer treffe dabei eine erhöhte wechselseitige Rüge- und Obsorgepflicht gegenüber dem Auftraggeber. Es hätten sämtliche Auftragnehmer solidarisch zu haften. Daraus ergebe sich für alle am Planungsstadium beteiligte Auftragnehmer ein Haftungsverbund, der in eine Haftung für Organisationsverschulden münde, wenn Informationen nicht rechtzeitig und nicht ausreichend eingeholt worden seien. Die dem Auftraggeber obliegende Projektkoordination werde damit in eine Selbstorganisation aller Beteiligten umgewandelt, womit sich der Auftraggeber eine Schnittstellendefinition erspare. Eine derartige Werkprüfung des jeweils anderen Planers sei technisch völlig unzumutbar und als unkalkulierbar zu werten. Die Berufshaftpflichtversicherung des Planers erstrecke sich nur auf von ihm befugte ausgeführte Planungsleistungen. Sie erstrecke sich nicht für Haftungsfälle aus der geschilderten Solidarhaftung aller Beteiligten. Die genannte Bestimmung sei daher jedenfalls als rechtswidrig zu beurteilen, da sie gegen die §§ 19 und 79 Abs 3 BVergG verstoße.

4.2.4. wurde vorgebracht, dass darin eine besondere Koordinationsverpflichtung für den Auftragnehmer enthalten sei. Den Auftragnehmer treffe die Pflicht zur nachweislichen detaillierten Abstimmung mit dem Auftraggeber und mit den Auftraggebern weiterer laufender Projekte - sofern diese dem Auftragnehmer bekannt gegeben worden seien - zu sämtlichen Leistungen und Dispositionen. Gemäß Punkt 4.2.5. treffe den Auftragnehmer eine besondere Haftung für sich bedingende, überschneidende oder sich zueinander oder auseinander ergebenden Leistungen, für die verschiedene Auftragnehmer beauftragt worden seien. Einen Auftragnehmer treffe dabei eine erhöhte wechselseitige Rüge- und Obsorgepflicht gegenüber dem Auftraggeber. Es hätten sämtliche Auftragnehmer solidarisch zu haften. Daraus ergebe sich für alle am Planungsstadium beteiligte Auftragnehmer ein Haftungsverbund, der in eine Haftung für Organisationsverschulden münde, wenn Informationen nicht rechtzeitig und nicht ausreichend eingeholt worden seien. Die dem Auftraggeber obliegende Projektkoordination werde damit in eine Selbstorganisation aller Beteiligten umgewandelt, womit sich der Auftraggeber eine Schnittstellendefinition erspare. Eine derartige Werkprüfung des jeweils anderen Planers sei technisch völlig unzumutbar und als unkalkulierbar zu werten. Die Berufshaftpflichtversicherung des Planers erstrecke sich nur auf von ihm befugte ausgeführte Planungsleistungen. Sie erstrecke sich nicht für Haftungsfälle aus der geschilderten Solidarhaftung aller Beteiligten. Die genannte Bestimmung sei daher jedenfalls als rechtswidrig zu beurteilen, da sie gegen die Paragraphen 19 und 79 Absatz 3, BVergG verstoße.

Punkt 4.2.8. sehe vor, dass sich der Auftragnehmer für die Vertragsabwicklung rechtzeitig die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen habe und die Kosten dafür in seinem vereinbarten Honorar abgegolten seien. Zu Punkt 4.2.3. wurde vorgebracht, dass bei Behinderungen und Abweichungen von der beauftragten Leistung es sich beim Leistungsbericht um eine Selbstdeklaration des Auftragnehmers handle, wobei zusätzlich zur oben angeführten Verpflichtung des Auftragnehmers zur sofortigen Anzeige vertraglicher Abweichungen, sämtliche erkennbare Behinderungen bzw. Abweichungen von der beauftragten Leistung aufzuzeigen seien.

Zur Vertragsstrafe unter D.4 Punkt 4.3.3., wonach die Vertragsstrafe mit insgesamt 50% der Gesamtauftragssumme begrenzt werde, werde darauf hingewiesen, dass die Ö-Norm B 2110 lediglich eine Pönale von 5% vorsehe. Die

vorliegende Regel sei daher als völlig überzogen zu werten und stehe im Widerspruch zu den §§ 19 und 99 Abs 2 BVergG sowie zum Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/18/EG. Darüber hinaus sei die Regelung zur Pönale insgesamt als unklar zu bewerten. Zur Vertragsstrafe unter D.4 Punkt 4.3.3., wonach die Vertragsstrafe mit insgesamt 50% der Gesamtauftragssumme begrenzt werde, werde darauf hingewiesen, dass die Ö-Norm B 2110 lediglich eine Pönale von 5% vorsehe. Die vorliegende Regel sei daher als völlig überzogen zu werten und stehe im Widerspruch zu den Paragraphen 19 und 99 Absatz 2, BVergG sowie zum Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/18/EG. Darüber hinaus sei die Regelung zur Pönale insgesamt als unklar zu bewerten.

Laut Leistungsverzeichnis D.5 und ebenso in der Leistungsbeschreibung D.3. sei geregelt, dass sämtliche Leistungen für das Projektziel vom Bieter zu erfassen und zu kalkulieren seien. Wesentliche Abweichungen und Projektziele zur Auftragsbeschreibung seien zu rügen. Erfolge keine Rüge, sei von einer umfassenden Kalkulation des Bieters auszugehen. Nachforderungen seien ausgeschlossen. Leistungen, für die in der Leistungsbeschreibung keine Positionen vorgegeben seien, seien mit dem Einheitspreis abgegolten. Nebenkosten hingegen seien als Kosten für Leistungen zu werten, die nicht gesondert ausgewiesen seien, jedoch im üblichen Projektlauf anfallen würden und die für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlich seien. Aus den genannten Formulierungen würden sich Widersprüche zu den Festlegungen der Normen ergeben. Dies führe zur Unkalkulierbarkeit. Nebenkosten müssten auch stets unbedeutende Kosten sein.

Angesichts der aufgezeigten nichtkalkulierbaren Risiken seien die diesbezüglichen Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Klauseln für den Ausgang iSv § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss, zumal bei rechtskonformer Vorgangsweise der Auftraggeber die Ausschreibung hätte anders gestaltet werden müssen. Durch die angeführten Regelungen in den gegenständlichen bekämpften Ausschreibungsunterlagen werde in so vielen einzelnen Punkten von der genannten Ö-Norm abgewichen, sodass sich ein weitgehendes oder nahezu totales Abgehen von dieser Leitlinie ergebe. Ausnahmeregelungen könnten nicht zu einer völligen Durchlöcherung der "gesetzlichen Vorgaben" führen. Die Summe der Ausnahmen dürfe nicht zur Regel werden. Durch die Textierung und den Inhalt der gegenständlichen Ausschreibung könnten keine vergleichbaren Angebote gelegt werden, weil unkalkulierbare Risiken den Auftragnehmern überbürdet und umfangreiche Vorarbeiten zur Leistungserfüllung gefordert würden. Der leistungsfähige und zuverlässige sowie befugte Antragsteller habe die Absicht, bei der gegenständlichen Ausschreibung anzubieten und damit ein Interesse am Vertragsabschluss. Der bisherige Kalkulationsaufwand belaufe sich auf € 4.000,-, der bei wesentlichen Abänderungen bzw beim Widerruf der Ausschreibung frustriert sei. Darüber hinaus gehe ein wichtiges Referenzprojekt verloren, das in der Folge eine wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition bei zukünftigen Ausschreibungen mit sich bringe. Angesichts der aufgezeigten nichtkalkulierbaren Risiken seien die diesbezüglichen Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Klauseln für den Ausgang iSv Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss, zumal bei rechtskonformer Vorgangsweise der Auftraggeber die Ausschreibung hätte anders gestaltet werden müssen. Durch die angeführten Regelungen in den gegenständlichen bekämpften Ausschreibungsunterlagen werde in so vielen einzelnen Punkten von der genannten Ö-Norm abgewichen, sodass sich ein weitgehendes oder nahezu totales Abgehen von dieser Leitlinie ergebe. Ausnahmeregelungen könnten nicht zu einer völligen Durchlöcherung der "gesetzlichen Vorgaben" führen. Die Summe der Ausnahmen dürfe nicht zur Regel werden. Durch die Textierung und den Inhalt der gegenständlichen Ausschreibung könnten keine vergleichbaren Angebote gelegt werden, weil unkalkulierbare Risiken den Auftragnehmern überbürdet und umfangreiche Vorarbeiten zur Leistungserfüllung gefordert würden. Der leistungsfähige und zuverlässige sowie befugte Antragsteller habe die Absicht, bei der gegenständlichen Ausschreibung anzubieten und damit ein Interesse am Vertragsabschluss. Der bisherige Kalkulationsaufwand belaufe sich auf € 4.000,-, der bei wesentlichen Abänderungen bzw beim Widerruf der Ausschreibung frustriert sei. Darüber hinaus gehe ein wichtiges Referenzprojekt verloren, das in der Folge eine wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition bei zukünftigen Ausschreibungen mit sich bringe.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf gesetzeskonforme, insbesondere dem BVergG entsprechende Ausschreibung des Dienstleistungsauftrages, in seinem Recht auf ein faires Vergabeverfahren unter Beachtung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbes sowie der Transparenz und in seinem Recht auf Unterlassung von unsachlichen Vertragsbestimmungen in der Ausschreibung sowie im vorgesehenen Leistungsvertrag, insbesondere auf Unterlassung der Verschiebung der gesetzlichen Risikoverteilung, verletzt.

Mit Schriftsatz vom 19.5.2009 brachte der Antragsteller unter Bezugnahme auf den bereits eingebrachten

Nachprüfungsantrag einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Weiters beantragte er den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG. Mit Schriftsatz vom 19.5.2009 brachte der Antragsteller unter Bezugnahme auf den bereits eingebrachten Nachprüfungsantrag einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Weiters beantragte er den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG.

Im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhob er sein bisheriges Vorbringen im Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen im gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Aufgrund der fehlenden aufschiebenden Wirkung eines Nachprüfungsantrages könne der Auftraggeber das Vergabeverfahren fortsetzen, somit die Angebote öffnen und den Zuschlag erteilen. Dies habe den unwiederbringlichen Verlust des Auftrages und damit den Verlust der Referenz zur Folge. Die Chancen für zukünftige Ausschreibungen seien gemindert. Der Schaden könne nur durch vorläufige Untersagung der Anbotsöffnung bzw. vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung oder Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wirksam abgewendet werden. Die Ausschreibung würde keine Anhaltspunkte dafür geben, aus denen sich ein besonderes gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechendes Interesse des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit ableiten lasse. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sei auch in der zeitlichen Planung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Andernfalls könne dies nicht den Bietern zum Nachteil gereichen.

Mit Schriftsatz vom 13.5.2009 legte der Auftraggeber den Vergabeakt vor und beziffert den geschätzten Auftragswert mit €

465.000,-- (exkl USt). Das Vergabeverfahren sei nicht widerrufen worden. Es sei weder eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden noch ein Zuschlag erteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 20.5.2009 brachte der Auftraggeber vor, dass ursprünglich die Anbotsöffnung für 12.5.2009 vorgesehen gewesen sei, jedoch im Rahmen einer zweiten Berichtigung die Angebotsfrist bis zum 3.6.2009, 11.00 Uhr, erstreckt worden sei. Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wäre der am 6.5.2009 eingebrachte Nachprüfungsantrag jedenfalls als verfristet zurückzuweisen. Dies gelte auch für den Fall, dass der Nachprüfungsantrag bereits am 5.5.2009 eingebracht worden wäre. Im Hinblick auf das mit 12.5.2009 festgesetzte Ende des Abgabetermins wäre der Nachprüfungsantrag spätestens mit 4.5.2009 einzubringen gewesen. Darüber hinaus enthalte der Nachprüfungsantrag keine ausreichende Begründung gemäß § 322 Abs 1 Z 6 BVergG. Vielmehr erschöpfe sich das Vorbringen des Antragstellers in Pauschalbehauptungen. Für die behauptete Rechtsverletzung der "Verschiebung der gesetzlichen Risikoverteilung" gäbe es im BVergG keine Rechtsgrundlage. Bei den angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen handle es sich um vom Auftraggeber seit langem verwendete standardisierte Ausschreibungsbestimmungen, auf deren Basis mehr als 100 Dienstleistungsaufträge vergeben worden seien. Vor diesem Hintergrund und im Lichte des gesamten Vorbringens im Nachprüfungsantrag sei in Frage zu stellen, ob die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers weiterhin gegeben sei. Soweit sich der Antragsteller auf eine Verletzung der Normbindung gemäß § 99 Abs 2 BVergG stütze, werde dem entgegengehalten, dass keine solche Norm vom Antragsteller selbst angeführt werde. Für Dienstleistungen gebe es auch keine "geeignete Leitlinie bzw Ö-Norm". Die Ö-Normen B 2110 und B 2118 würden sich auf Bauleistungen erstrecken. Als Prüfungsmaßstab könne daher allenfalls die Einhaltung der allgemeinen Regelungen des § 19 BVergG bzw. des § 79 Abs 3 BVergG herangezogen werden. Zur fehlenden Kalkulierbarkeit werde darauf verwiesen, dass die Kalkulierbarkeit nicht bedeute, dass das Risiko exakt rechnerisch ermittelt werden könne. Inwiefern die Kalkulierbarkeit aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen nicht gegeben sei, sei jedoch vom Antragsteller nicht näher dargelegt, sondern nur pauschal behauptet worden. Entsprechend der Judikatur des BVA handle es sich dabei um kein substantiiertes Vorbringen zu einzelnen Punkten. Mit Schriftsatz vom 20.5.2009 brachte der Auftraggeber vor, dass ursprünglich die Anbotsöffnung für 12.5.2009 vorgesehen gewesen sei, jedoch im Rahmen einer zweiten Berichtigung die Angebotsfrist bis zum 3.6.2009, 11.00 Uhr, erstreckt worden sei. Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wäre der am 6.5.2009 eingebrachte Nachprüfungsantrag jedenfalls als verfristet zurückzuweisen. Dies gelte auch für den Fall, dass der Nachprüfungsantrag bereits am 5.5.2009 eingebracht worden wäre. Im Hinblick auf das mit 12.5.2009 festgesetzte Ende des Abgabetermins wäre der Nachprüfungsantrag spätestens mit 4.5.2009 einzubringen gewesen. Darüber hinaus enthalte der Nachprüfungsantrag keine ausreichende Begründung gemäß Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG. Vielmehr erschöpfe sich das Vorbringen des Antragstellers in Pauschalbehauptungen. Für die behauptete Rechtsverletzung der "Verschiebung der gesetzlichen Risikoverteilung" gäbe es im BVergG keine Rechtsgrundlage. Bei

den angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen handle es sich um vom Auftraggeber seit langem verwendete standardisierte Ausschreibungsbestimmungen, auf deren Basis mehr als 100 Dienstleistungsaufträge vergeben worden seien. Vor diesem Hintergrund und im Lichte des gesamten Vorbringens im Nachprüfungsantrag sei in Frage zu stellen, ob die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers weiterhin gegeben sei. Soweit sich der Antragsteller auf eine Verletzung der Normbindung gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG stütze, werde dem entgegengehalten, dass keine solche Norm vom Antragsteller selbst angeführt werde. Für Dienstleistungen gebe es auch keine "geeignete Leitlinie bzw. Ö-Norm". Die Ö-Normen B 2110 und B 2118 würden sich auf Bauleistungen erstrecken. Als Prüfungsmaßstab könne daher allenfalls die Einhaltung der allgemeinen Regelungen des Paragraph 19, BVergG bzw. des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG herangezogen werden. Zur fehlenden Kalkulierbarkeit werde darauf verwiesen, dass die Kalkulierbarkeit nicht bedeute, dass das Risiko exakt rechnerisch ermittelt werden könne. Inwiefern die Kalkulierbarkeit aufgrund der Ausschreibungsbestimmungen nicht gegeben sei, sei jedoch vom Antragsteller nicht näher dargelegt, sondern nur pauschal behauptet worden. Entsprechend der Judikatur des BVA handle es sich dabei um kein substantiiertes Vorbringen zu einzelnen Punkten.

Die zu erbringenden Leistungen und das Leistungsziel seien in den Ausschreibungsunterlagen ausführlich beschrieben. Sollte ein sachverständiger Bieter Lücken feststellen, sei die Bestimmung in Punkt 3.1.1. des Teils D darauf ausgerichtet, dass der Bieter seiner vorvertraglichen Pflicht iSd §§ 106 Abs 6 BVergG und 1168a ABGB nachkomme. Im Rahmen der vorvertraglichen Warnpflicht hätte ein Bieter den Auftraggeber auf Fehler und Unklarheiten in der Ausschreibung hinzuweisen. Es sollte damit der Erhalt von vergleichbaren Angeboten sichergestellt werden und auch vermieden werden, dass ein Bieter nach Erhalt des Auftrages ein Nachtragsangebot für von Anfang an unvermeidlich notwendige Arbeiten lege. Durch derart gering gehaltene Angebote könnte sich ein Bieter im Ausschreibungsverfahren unzulässiger Weise einen Vorteil verschaffen. Die Trassenschutzrichtlinie biete keinen Grund für eine Unkalkulierbarkeit. Sie sei lediglich bei der Planungsleistung zu berücksichtigen und umzusetzen. Es handle sich dabei um einen völlig vernachlässigbaren Aufwand im Hinblick auf das Gesamthonorar und wäre völlig exakt errechenbar.

Die zu erbringenden Leistungen und das Leistungsziel seien in den Ausschreibungsunterlagen ausführlich beschrieben. Sollte ein sachverständiger Bieter Lücken feststellen, sei die Bestimmung in Punkt 3.1.1. des Teils D darauf ausgerichtet, dass der Bieter seiner vorvertraglichen Pflicht iSd Paragraphen 106, Absatz 6, BVergG und 1168a ABGB nachkomme. Im Rahmen der vorvertraglichen Warnpflicht hätte ein Bieter den Auftraggeber auf Fehler und Unklarheiten in der Ausschreibung hinzuweisen. Es sollte damit der Erhalt von vergleichbaren Angeboten sichergestellt werden und auch vermieden werden, dass ein Bieter nach Erhalt des Auftrages ein Nachtragsangebot für von Anfang an unvermeidlich notwendige Arbeiten lege. Durch derart gering gehaltene Angebote könnte sich ein Bieter im Ausschreibungsverfahren unzulässiger Weise einen Vorteil verschaffen. Die Trassenschutzrichtlinie biete keinen Grund für eine Unkalkulierbarkeit. Sie sei lediglich bei der Planungsleistung zu berücksichtigen und umzusetzen. Es handle sich dabei um einen völlig vernachlässigbaren Aufwand im Hinblick auf das Gesamthonorar und wäre völlig exakt errechenbar.

Bei der Bestimmung im Teil D4, Punkt 4.1.3. (Erklärung des Bieters) handle es sich um eine nahezu gleichlautende Bestimmung wie im Teil D3 der Ausschreibungsunterlagen. Während die erst genannte Bestimmung vom Antragsteller als unkalkulierbar ohne nähere Begründung dafür dargestellt werde, werde die zweit genannte Bestimmung im Nachprüfungsantrag nicht angeführt und offenbar als kalkulierbar eingestuft. Mit der genannten Erklärung versichere lediglich der Bieter, dass er die Ausschreibung kenne und sich mit allen preisbildenden Umständen auseinandergesetzt habe. Der Antragsteller habe die Ausschreibungsunterlagen offenbar nur oberflächlich und ungenau gelesen. Warum die Informationspflicht im Punkt 4.1.4. des Teils D4 die Unkalkulierbarkeit nach sich ziehe, sei ebenso unverständlich wie die behauptete Unkalkulierbarkeit des Angebotes aufgrund der Bestimmung im Punkt 4.1.5. im Teil D4 (eingesetztes Personal). Vielmehr würde die Möglichkeit des Austausches des Personals zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen und damit den Sinn und Zweck der Zuschlagskriterien unterlaufen.

Beim gegenständlichen Vertragstypus handle es sich nicht um einen Dienstvertrag, sondern um einen Werkvertrag, bei dem auch für allfällige Mängel einzustehen und nach allgemeinen Vorschriften für Schaden zu haften sei. Mit den Bestimmungen in Punkt 4.1.6. Teil D4 werde zum Ausdruck gebracht, dass der Bieter durch die Freigabe von Plänen nicht von diesen Haftungs- und Schadenersatzpflichten befreit werde. Durch die Bestimmung im Punkt 4.1.8. (Beginn und Beendigung der Leistung) im Teil D4 werde lediglich die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt. Dass dies eine Unkalkulierbarkeit zur Folge hätte, sei nicht nachvollziehbar. Im Punkt 4.1.9. des Teils D (Unterbrechung der

Leistung) sei das "Risiko" des Bieters insofern begrenzt, als eine Unterbrechung über 3 Monate eine Teilschlussrechnung nach sich ziehen könne. Diese Bestimmung diene der Vergleichbarkeit der Angebote und stelle eine Grundlage für Kalkulations- und Leistungsberechnungen dar. In Punkt 4.1.10. des Teils D4 (Änderungen von Leistungen, zusätzliche Leistungen, Zusatzangebote) werde zum Ausdruck gebracht, dass nicht erbrachte Leistungen nicht vergütet werden. Dies liege wohl in der Natur der Sache. Auch die Bestimmung unter Punkt 4.1.3 des Teiles D4 (Entgelt und Zahlungsbedingungen) sei sachlich gerechtfertigt. Es solle eine zeitnahe und ordnungsgemäße Rechnungslegung sichergestellt und damit Streitigkeiten über lang zurückliegende Leistungen vermieden werden.

Zu Punkt 4.1.15 des Teils D4 (Gewährleistung/Haftung) werde darauf hingewiesen, dass der Vergabekontrollbehörde die Zuständigkeit dafür fehle, vertragliche Regelungen im Hinblick auf ihre zivilrechtliche Rechtskonformität zu prüfen. Zu der in Punkt 4.2.4. im Teil D4 festgelegten Koordinationspflicht werde ausgeführt, dass in der Ausschreibung ohnehin jene Auftragnehmer genannt seien, mit denen sich der Bieter abzustimmen habe, sodass der Aufwand für diese Koordination ohne weiteres abschätzbar sei. Bei Abwicklung von großen Projekten seien in der Regel mehrere Auftragnehmer beschäftigt. Die in Punkt 4.2.5. im Teil D4 (Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer) regle die solidarische Haftung und könne nicht schlagend werden, zumal es bei einer Generalplanerleistung zu keinen Überschneidungen mit anderen Auftragnehmern komme.

Zu den Punkten 4.2.8. des Teils D4 (Ausführungsunterlagen) sowie Punkt 4.2.3. in Teil D4 (Leistungsbericht) habe der Antragsteller nicht dargelegt, warum diese Punkte zur Unkalkulierbarkeit führen würden. Ebenso wenig sei nachvollziehbar, warum die Vertragsstrafe mit einer Begrenzung von insgesamt 50% der Gesamtauftragssumme die Unkalkulierbarkeit des Angebotes nach sich ziehen würde. Auch bei einer Deckelung von 5% wäre für den Antragsteller nichts zu gewinnen. Inwiefern die beispielhafte Aufzählung von Nebenleistungen zur Unkalkulierbarkeit führe, sei nicht nachvollziehbar. Aufgrund dieser Darlegungen sei daher der Nachprüfungsantrag zurück-, in eventu abzuweisen. Gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung wurden vom Auftraggeber keine entsprechenden Interessen vorgebracht.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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 öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 20.5.2009, N/0050-BVA/09/2009-EV11, 9.1.2009, N/0137-BVA/04/2009-70, 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006- 13, u.a.v.). Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 20.5.2009, N/0050-BVA/09/2009-EV11, 9.1.2009, N/0137-BVA/04/2009-70, 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006- 13, u.a.v.).

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, wobei eine prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang III Kategorie 12 BVergG vergeben werden soll. Aufgrund des mit € 465.000,- exkl. USt geschätzten Auftragswertes ist von einem Verfahren im Oberschwellenbereich auszugehen. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG, wobei eine prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang römisch drei Kategorie 12 BVergG vergeben werden soll. Aufgrund des mit € 465.000,- exkl. USt geschätzten Auftragswertes ist von einem Verfahren im Oberschwellenbereich auszugehen. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Die vom Antragsteller bekämpfte Ausschreibung (einzelne Ausschreibungsbestimmungen) stellt im offenen Verfahren gemäß § 2 Z 16 lit a sublit a BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Von einem in § 328 Abs 1 leg cit genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Ein Nachprüfungsantrag wurde bereits mit Schriftsatz vom 5.5.2009 eingebracht (§ 328 Abs 3 BVergG). Im Provisorialverfahren wird angesichts der nach einer Berichtigung erstreckten Angebotsfrist bis zum 3.6.2009, 11.00 Uhr, davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Ebenso wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers hinreichend im Sinne von § 322 Abs 1 Z 6 BVergG begründet wurde. Die vom Antragsteller bekämpfte Ausschreibung (einzelne Ausschreibungsbestimmungen) stellt im offenen Verfahren gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sublit a BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, leg cit genannten

offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Ein Nachprüfungsantrag wurde bereits mit Schriftsatz vom 5.5.2009 eingebracht (Paragraph 328, Absatz 3, BVergG). Im Provisorialverfahren wird angesichts der nach einer Berichtigung erstreckten Angebotsfrist bis zum 3.6.2009, 11.00 Uhr, davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht wurde. Ebenso wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass der Nachprüfungsantrag entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers hinreichend im Sinne von Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG begründet wurde.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers nicht erteilt. Das Verfahren wurde auch nicht widerrufen. Eine Zuschlagsentscheidung wurde ebenso nicht getroffen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der Antrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers nicht erteilt. Das Verfahren wurde auch nicht widerrufen. Eine Zuschlagsentscheidung wurde ebenso nicht getroffen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Der Antrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Da vom Auftraggeber die Anbotsöffnung und in der Folge die Vergabe des gegenständlichen Auftrages geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller nach Angebotslegung in der Folge für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden, der nur durch Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung an den Antragsteller kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

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

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

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

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn

die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auch auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 11.8.2002, B 1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008- EV14; N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.). Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auch auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 11.8.2002, B 1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008- EV14; N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

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

Die Untersagung der Anbotsöffnung ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG. Diese wird - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristet. Es kommt daher in der Folge eine Zuschlagsentscheidung und in der weiteren Folge eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Der Antrag auf zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung war daher nicht geboten. Die nicht als die gelindeste Maßnahme iSv § 329 Abs 2 BVergG einzustufende Untersagung der Zuschlagserteilung war als überschießend abzuweisen (vgl. BVA 20.5.2009, N/0050- BVA/09/2009-EV11). Die Untersagung der Anbotsöffnung ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG. Diese wird - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristet. Es kommt daher in der Folge eine Zuschlagsentscheidung und in der weiteren Folge eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Der Antrag auf zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung war daher nicht geboten. Die nicht als die gelindeste Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 2, BVergG einzustufende Untersagung der Zuschlagserteilung war als überschießend abzuweisen vergleiche BVA 20.5.2009, N/0050- BVA/09/2009-EV11).

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