

TE Verg Bescheid 2009/5/20 N/0050-BVA/09/2009-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.05.2009

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 § 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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße Unterweikersdorf - Freistadt Nord, begleitende Kontrolle (BK) in der Bauphase" des Auftraggebers

Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 14. Mai 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. Mai 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße Unterweikersdorf - Freistadt Nord, begleitende Kontrolle (BK) in der Bauphase" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 14. Mai 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. Mai 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge dem Auftraggeber nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren die Angebotsöffnung und die Erteilung des Zuschlags untersagen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "S 10 Mühlviertler Schnellstraße Unterweikersdorf - Freistadt Nord, begleitende Kontrolle (BK) in der Bauphase", die Angebote zu öffnen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 14. Mai 2009 brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung bestimmter einzelner Punkte der Ausschreibung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren, ein.

Begründend führte die Antragstellerin im Schriftsatz vom 14. Mai 2009 Folgendes aus:

Die Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken sowie nicht kalkulierbarer Vertrags- oder Leistungsbestandteile würde den vergaberechtlichen Grundsätzen einer korrekten Ausschreibung bzw. einer korrekten Leistungsbeschreibung widersprechen. Die gegenständliche Ausschreibung würde in wesentlichen Bereichen den Bestimmungen des BVergG 2006 widersprechen, da Positionen unkalkulierbar, intransparent und unverhältnismäßig seien und damit insbesondere den §§ 19, 79 Abs 3, 96 Abs 1 u. 6 sowie 99 Abs 2 BVergG widersprechen würden. Die Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken sowie nicht kalkulierbarer Vertrags- oder Leistungsbestandteile würde den vergaberechtlichen Grundsätzen einer korrekten Ausschreibung bzw. einer korrekten Leistungsbeschreibung widersprechen. Die gegenständliche Ausschreibung würde in wesentlichen Bereichen den Bestimmungen des BVergG 2006 widersprechen, da Positionen unkalkulierbar, intransparent und unverhältnismäßig seien und damit insbesondere den Paragraphen 19, 79, Absatz 3, 96, Absatz eins, u. 6 sowie 99 Absatz 2, BVergG widersprechen würden.

Es seien dies unter D.3 der Leistungsbeschreibung die Punkte

3.1.1 sowie 3.1.6.

Ferner unter D.4 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen die Punkte 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 sowie 4.1.20.

In D.4 der Besonderen Vertragsbestimmungen seien die Punkte 4.2.3, 4.2.4 und 4.2.6 betroffen.

Weiters sei der Punkt 4.3.2 in D.4 ("Vertragsstrafen") vergaberechtswidrig. Gemäß dieser Bestimmung seien die Vertragsstrafen insgesamt mit 50% der Gesamtauftragssumme begrenzt. Ausgehend davon, dass die ÖNORM B 2110 ein Pönale von 5% vorsehe, erweise sich die vorliegende Regelung als völlig überzogen und stehe im Widerspruch zu den §§ 19 und 99 Abs 2 BVergG sowie zu Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/18/EG. Weiters sei der Punkt 4.3.2 in D.4 ("Vertragsstrafen") vergaberechtswidrig. Gemäß dieser Bestimmung seien die Vertragsstrafen insgesamt mit 50%

der Gesamtauftragssumme begrenzt. Ausgehend davon, dass die ÖNORM B 2110 ein Pönale von 5% vorsehe, erweise sich die vorliegende Regelung als völlig überzogen und stehe im Widerspruch zu den Paragraphen 19 und 99 Absatz 2, BVergG sowie zu Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/18/EG.

Zu D.5 des Leistungsverzeichnisses:

In den Vorbemerkungen zum LV sei vorgesehen, dass sämtliche Leistungen, die zur Erreichung des Projektzieles erforderlich seien, vom Bieter zu erfassen und zu kalkulieren seien. Der Bieter sei verpflichtet, für den Fall wesentlicher Abweichungen zwischen Projektziel und Aufgabenbeschreibung, diese Mängel im Zuge des Verfahrens beim Auftraggeber schriftlich zu rügen. Unterlasse er diese Rüge, sei davon auszugehen, dass der Bieter die Erreichung des Leistungszieles umfassend kalkuliert habe und in diesem Falle Nachforderungen ausgeschlossen seien. Unter dem Titel "Nebenkosten" werde festgehalten, dass Nebenkosten Kosten für Leistungen seien, die nicht gesondert ausgewiesen seien, jedoch im üblichen Projektsablauf anfallen und für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderlich seien.

Diese Formulierung stehe im Widerspruch zu den Festlegungen der Normen und sei überdies nicht kalkulierbar. Nebenkosten müssten stets unbedeutende Kosten sein.

Die Antragstellerin behalte sich weitere Ausführungen, insbesondere zu den projektspezifischen Punkten sowie die Ergänzung mit weiteren Punkten der Ausschreibung, vor.

Die Angebotseröffnung sei für den 22. Mai 2009 vorgesehen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist daher iSd § 321 Abs 2 Z 2 BVergG rechtzeitig. Die Angebotseröffnung sei für den 22. Mai 2009 vorgesehen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist daher iSd Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG rechtzeitig.

Die Antragstellerin beabsichtige sich an der gegenständlichen Ausschreibung zu beteiligen. Sie habe daher die Angebotsunterlagen behoben und sei dabei, ein Angebot auszuarbeiten. Sie sei befugt, leistungsfähig und zuverlässig und erfülle alle Voraussetzungen für den Zuschlag. Sie habe daher ein Interesse am Vertragsabschluss.

Der bisherige Kalkulationsaufwand und die Angebotslegung seien, wenn die Ausschreibung widerrufen oder wesentlich abgeändert würde, frustriert. Überdies drohe der Verlust eines Referenzprojektes. Dies stelle eine wesentliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition bei künftigen Ausschreibungen dar. Da die gegenständliche Ausschreibung ein besonderes Maß an Fachkompetenz erfordere, sei die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin unmittelbar betroffen. Zum ideellen Schaden komme auch ein wirtschaftlicher Verlust.

Durch das hohe Ausmaß an nicht kalkulierbaren Risiken sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Klauseln für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss (§ 325 Abs 1 Z 2 BVergG). Bei rechtskonformer Vorgangsweise hätte der Auftraggeber die Ausschreibung anders gestalten müssen. Infolge dessen könnten die Angebote anders gestaltet werden und wäre somit ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich. Durch das hohe Ausmaß an nicht kalkulierbaren Risiken sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Klauseln für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss (Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG). Bei rechtskonformer Vorgangsweise hätte der Auftraggeber die Ausschreibung anders gestalten müssen. Infolge dessen könnten die Angebote anders gestaltet werden und wäre somit ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich.

Die dem Auftraggeber eingeräumte Möglichkeit, in einzelnen Punkten von ÖNORMEN abzuweichen (§ 99 Abs 2 BVergG), könne nicht bedeuten, dass der Auftraggeber in so vielen einzelnen Punkten etwas anderes anordne, dass sich im Ergebnis ein weitgehendes bzw. nahezu totales Abgehen von dieser Leitlinie ergebe. Die Ausnahmeregelung könne nicht dazu führen, dass eine so große Fülle an Ausnahmen die gesetzliche Vorgabe völlig "durchlöchere", dass letztlich von der gesetzlich vorgegebenen Leitlinie kaum mehr etwas übrig bleibe. Die Summe der Ausnahme dürfe nicht zur Regel werden. Die dem Auftraggeber eingeräumte Möglichkeit, in einzelnen Punkten von ÖNORMEN abzuweichen (Paragraph 99, Absatz 2, BVergG), könne nicht bedeuten, dass der Auftraggeber in so vielen einzelnen Punkten etwas anderes anordne, dass sich im Ergebnis ein weitgehendes bzw. nahezu totales Abgehen von dieser Leitlinie ergebe. Die Ausnahmeregelung könne nicht dazu führen, dass eine so große Fülle an Ausnahmen die gesetzliche Vorgabe völlig "durchlöchere", dass letztlich von der gesetzlich vorgegebenen Leitlinie kaum mehr etwas übrig bleibe. Die Summe der Ausnahme dürfe nicht zur Regel werden.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf gesetzeskonforme, insbesondere dem BVergG entsprechende

Ausschreibung, in ihrem Recht auf ein faires Verfahren unter Beachtung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs und der Transparenz sowie in ihrem Recht auf Unterlassung von unsachlichen Vertragsbestimmungen in der Ausschreibung und im vorgesehenen Leistungsvertrag, insbesondere auf Unterlassung der Verschiebung der gesetzlichen Risikoteilung, verletzt.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Ausschreibung mehrfach gegen die gesetzlichen Bestimmungen des BVergG und dessen wesentliche vergaberechtliche Prinzipien verstoße. Durch die Textierung und den Inhalt der gegenständlichen Ausschreibung würden vergleichbare Angebote unmöglich gemacht, dem Auftragnehmer unkalkulierbare Risiken überbürdet und umfangreiche Vorarbeiten gefordert. Die Antragstellerin beantrage daher 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, 4.2.3, 4.2.4, 4.2.6 und 4.3.2.

Dieses Vorbringen werde auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, könne der Auftraggeber nach Ablauf der Angebotsfrist - jedoch noch vor Vorliegen einer Entscheidung des BVA - das Vergabeverfahren fortsetzen und den Zuschlag erteilen. Dadurch würde der Antragstellerin der Auftrag unwiederbringlich verloren gehen und würde sie auch eine wichtige Referenz verlieren. Der Schaden könne nur durch vorläufige Untersagung der Angebotsöffnung, Untersagung der Zuschlagserteilung und Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wirksam abgewendet werden.

In der Ausschreibung würden sich keine Anhaltspunkte dafür finden, dass der Auftraggeber oder die Öffentlichkeit ein besonderes Interesse daran haben könnten, dass die Vergabe nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens aufgeschoben würde. Der Auftraggeber habe mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu rechnen und dies auch in seine zeitliche Planung einzukalkulieren. Sollte dies nicht geschehen sein, könne dies nicht zum Nachteil eines Bieters gehen.

Mit Schriftsatz vom 19. Mai 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Vergabeverfahren sei in Österreich (8.4.2009) und EU-weit (Absendung 7.4.2009) bekannt gemacht worden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 71500000-3) im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: Euro XXXX,-), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 22.5.2009, 11.00 Uhr, festgesetzt. Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt. Mit Schriftsatz vom 19. Mai 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Das Vergabeverfahren sei in Österreich (8.4.2009) und EU-weit (Absendung 7.4.2009) bekannt gemacht worden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV-Code 71500000-3) im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert: Euro römisch 40 ,--), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 22.5.2009, 11.00 Uhr, festgesetzt. Die Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nahm der Auftraggeber nicht Stellung.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro XXXX-- exkl USt angegeben. Es handelt sich somit um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro XXXX-- exkl USt angegeben. Es handelt sich somit um ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Die von der Antragstellerin bekämpfte Ausschreibung (einzelne Ausschreibungsbestimmungen) stellt in dieser Verfahrensart gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Die von der Antragstellerin bekämpfte Ausschreibung (einzelne Ausschreibungsbestimmungen) stellt in dieser Verfahrensart gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1

leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 14. Mai 2009 eingebracht. Der Ablauf der Angebotsfrist ist mit 22. Mai 2009, 11.00 Uhr, festgesetzt. Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 14. Mai 2009 eingebracht. Der Ablauf der Angebotsfrist ist mit 22. Mai 2009, 11.00 Uhr, festgesetzt. Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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, leg.cit. 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 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 außer Kraft. Nach 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft.

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 die Angebotsfrist am 22. Mai 2009, 11.00 Uhr, abläuft und im Anschluss daran die Angebotsöffnung stattfinden wird. Da seitens des Auftraggebers grundsätzlich beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin - auch im Falle ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - an einem rechtskonform geführten Verfahren durch Angebotslegung nicht mehr teilnehmen und für einen Zuschlag nicht mehr in Betracht kommen könnte. 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 die Angebotsfrist am 22. Mai 2009, 11.00 Uhr, abläuft und im Anschluss daran die Angebotsöffnung stattfinden wird. Da seitens des Auftraggebers grundsätzlich beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin - auch im Falle ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - an einem rechtskonform geführten Verfahren durch Angebotslegung nicht mehr teilnehmen und für einen Zuschlag nicht mehr in Betracht kommen könnte.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie durch die angeführten Ausschreibungsbestimmungen daran gehindert wäre, mit Aussicht auf Erfolg ein Angebot zu legen und letztlich für die Zuschlagserteilung in Betracht zu kommen, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden. Die Möglichkeit der Legung eines aussichtsreichen Angebotes durch die Antragstellerin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der die Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht (vgl BVA 8.2.2008, N/0014-BVA/09/2008-EV12). Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie durch die angeführten Ausschreibungsbestimmungen daran gehindert wäre, mit Aussicht auf Erfolg ein Angebot zu legen und letztlich für die Zuschlagserteilung in Betracht zu kommen, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden. Die Möglichkeit der Legung eines aussichtsreichen Angebotes durch die Antragstellerin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der die Teilnahme der Antragstellerin an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht vergleiche BVA 8.2.2008, N/0014-BVA/09/2008-EV12).

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt: Der Schaden bestehe einerseits im bisherigen Kalkulationsaufwand und den Kosten der bereits im Gange befindlichen Angebotserstellung von zumindest Euro 4.000,- sowie im Verlust eines Referenzprojektes (vgl Schriftsatz vom 14.5.2009, OZ 1). Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt: Der Schaden bestehe einerseits im bisherigen Kalkulationsaufwand und den Kosten der bereits im Gange befindlichen Angebotserstellung von zumindest Euro 4.000,- sowie im Verlust eines Referenzprojektes vergleiche Schriftsatz vom 14.5.2009, OZ 1).

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht (vgl Stellungnahme des Auftraggebers vom 19.5.2009, OZ 9). Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht vergleiche Stellungnahme des Auftraggebers vom 19.5.2009, OZ 9).

Interessen anderer Bieter an einer unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen könnten, wurden weder vorgebracht, noch vermag der Senatsvorsitzende solche zu erkennen. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens

grundsätzlich die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4 uva). Eine dadurch bedingte "Verzögerung" des Vergabeverfahrens ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens grundsätzlich die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4 uva). Eine dadurch bedingte "Verzögerung" des Vergabeverfahrens ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar.

Im Übrigen ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Im Übrigen ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Nach dem Gesagten ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Nach dem Gesagten ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Die angeordnete Sicherungsmaßnahme 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. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme 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.

Da die Angebotsöffnung zeitlich befristet untersagt wird, kommen in der Folge eine Zuschlagsentscheidung und in weiterer Folge eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Der Antrag auf zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung war daher nicht geboten und als nicht gelindeste Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG als überschießend abzuweisen. Da die Angebotsöffnung zeitlich befristet untersagt wird, kommen in der Folge eine Zuschlagsentscheidung und in weiterer Folge eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Der Antrag auf zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung war daher nicht geboten und als nicht gelindeste Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG als überschießend abzuweisen.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren erfolgt im Hauptbescheid.

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at