

TE Verg Bescheid 2009/4/24 N/0035-BVA/09/2009-EV29

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 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 "Beschaffung eines Cryo-Ultramikrotoms" des Auftraggebers Technische Universität Wien, Karlsplatz 13/010, 1040 Wien, vertreten durch die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien, über den Antrag der A***, vom 15. April 2009, verbessert eingebracht am 22. April 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 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 "Beschaffung eines

Cryo-Ultramikrotoms" des Auftraggebers Technische Universität Wien, Karlsplatz 13/010, 1040 Wien, vertreten durch die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien, über den Antrag der A***, vom 15. April 2009, verbessert eingebracht am 22. April 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Beantragen wir hiermit, dass die Zuschlagserteilung durch die Technische Universität Wien, Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8-10, 1040 Wien, an die Firma B*** für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Technische Universität Wien, Karlsplatz 13/010, 1040 Wien, vertreten durch die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Beschaffung eines Cryo-Ultramikrotom" den Zuschlag zu erteilen.

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 15. April 2009, verbessert eingebracht am 22. April 2009, brachte die A*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein.

Begründend führte die Antragstellerin im Schriftsatz vom 15. April 2009 lediglich aus, dass sie Einspruch gegen die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 6.4.2009 erhebe. Es handle sich um das Vergabeverfahren "Beschaffung eines Cryo-Ultramikrotoms" der Technischen Universität Wien. Die Einzelheiten zu den beeinspruchten Punkten im Leistungsverzeichnis seien der beiliegenden Liste zu entnehmen.

Mit Schreiben vom 16. April 2009 teilte die Antragstellerin mit, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich handle und die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stelle.

Mit Verbesserungsauftrag des Bundesvergabeamtes vom 16. April 2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-7, wurde der Antragstellerin die Verbesserung ihres Nachprüfungsantrages sowie ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in umfassender Hinsicht aufgetragen.

Mit Schriftsatz vom 20. April 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Der Auftrag sei am 28.1.2009 im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht worden. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien. Vergebende Stelle sei die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien. Es handle sich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 38000000, im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro XXX), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Zuschlagskriterien seien in der Ausschreibung festgelegt gewesen. Mit Schriftsatz vom 20. April 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Der Auftrag sei am 28.1.2009 im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht worden. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien. Vergebende Stelle sei die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien. Es handle sich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 38000000, im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro römisch 30), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Zuschlagskriterien seien in der Ausschreibung festgelegt gewesen.

Die Antragstellerin und die B*** hätten am 11.2.2009 einen Teilnahmeantrag abgegeben. Die Öffnung und Prüfung der Teilnahmeanträge habe am 18.2.2009 stattgefunden. Am 19.2.2009 seien den Bewerbern die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe sein last and final offer am 11.3.2009 eingereicht, die Antragstellerin am 18.3.2009. Die Angebotsöffnung habe am 20.3.2009 stattgefunden.

Der Nettoangebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe Euro XXX betragen, jener der Antragstellerin

Euro 83.381,59. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 6.4.2009 per Telefax erfolgt. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch sei ein Widerruf erfolgt. Der Zuschlag sei nicht erteilt worden. Keines der beiden Angebote sei ausgeschieden worden. Der Nettoangebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe Euro römisch 30 betragen, jener der Antragstellerin Euro 83.381,59. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 6.4.2009 per Telefax erfolgt. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch sei ein Widerruf erfolgt. Der Zuschlag sei nicht erteilt worden. Keines der beiden Angebote sei ausgeschieden worden.

Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber bekannt, dass durch einen vorläufigen Vergabestopp derzeit keine wesentlichen Interessen des Auftraggebers beeinträchtigt würden.

Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-10, wurde der (in der Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.4.2009 genannte) präsumtive Zuschlagsempfänger vom Einlangen des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin verständigt und ihm die Möglichkeit gegeben, bis längstens 4. Mai 2009 begründete Einwendungen zu erheben.

Mit Schreiben vom 20. April 2009 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand iSd §§ 71 ff AVG. Sie brachte hiezu sinngemäß vor, dass den Auftraggeber ein Verschulden an der Versäumung der Antragsfrist des § 321 BVergG durch die Antragstellerin treffe. Der Auftraggeber habe in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Anm: 6. April 2009) das Ende der Stillhaltefrist mit 15. April 2009 angegeben. Mit Schreiben vom 20. April 2009 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand iSd Paragraphen 71, ff AVG. Sie brachte hiezu sinngemäß vor, dass den Auftraggeber ein Verschulden an der Versäumung der Antragsfrist des Paragraph 321, BVergG durch die Antragstellerin treffe. Der Auftraggeber habe in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Anmerkung, 6. April 2009) das Ende der Stillhaltefrist mit 15. April 2009 angegeben.

Mit Schreiben vom 21. April 2009 teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger mit, dass er großes Interesse am Erhalt des Auftrages habe und ihm bereits erhebliche Kosten entstanden seien. Es bestehe kein Grund zur "Anfechtung" seines Angebotes.

Mit Schriftsätzen vom 22. April 2009 erstattete die Antragstellerin die ihr mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 16.4.2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-7, aufgetragenen Verbesserungen hinsichtlich der Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 25 Abs 5 BVergG im Unterschwellenbereich gemäß § 38 Abs1 BVergG 2006 idgF, handle. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien, Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM) Wiedner Hauptstrasse 8- 10 (052), 1040 Wien. Mit Schriftsätzen vom 22. April 2009 erstattete die Antragstellerin die ihr mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 16.4.2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-7, aufgetragenen Verbesserungen hinsichtlich der Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 25, Absatz 5, BVergG im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 38, Abs1 BVergG 2006 idgF, handle. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien, Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM) Wiedner Hauptstrasse 8- 10 (052), 1040 Wien.

Die Antragstellerin habe auf Grund der Abgabe des Anbots im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung ihr Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert. Bei richtiger Bewertung der eingereichten Angebote hätte die Antragstellerin als Bestbieterin den Zuschlag erhalten müssen:

1. a)Litera a

Im Leistungsverzeichnis seien folgende Punkte unter dem Begriff Zahl 1,10, 52, 55, 56, 58 falsch beurteilt worden. Es seien Angaben nicht oder falsch beurteilt worden (siehe Liste 1).

2. b)Litera b

Leistungsangaben, welche vom präsumtiven Zuschlagsempfänger gemacht worden seien, seien teilweise unwahr und würden möglicherweise Patente der Antragstellerin verletzen (siehe Liste 2).

3. c)Litera c

Zwischen dem Leistungsverzeichnis und der Liste des Zuschlagsentscheides seien Positionen vermischt worden.

Ab Zahl 51 bis 57 seien die Forderungen vermischt und zudem falsch beurteilt (siehe Liste 1).

4. d)Litera d

Leistungskriterien würden überbewertet und seien unrealistisch und würden die Punkte unter dem Begriff Zahl 40 und 41 betreffen (Siehe Liste 3).

Detaillierte Angaben zu den mangelhaften Bewertungen seien den beiliegenden Ausführungen zu entnehmen.

Auf Grund der Vorreihung eines anderen Unternehmens entstehe der Antragstellerin ein Schaden im Umfang des drohenden Umsatzverlustes in Höhe von EUR XXX (ohne Umsatzsteuer) und in Form eines entsprechend verringerten Deckungsbeitrages sowie Jahresgewinnes. Auf Grund der Vorreihung eines anderen Unternehmens entstehe der Antragstellerin ein Schaden im Umfang des drohenden Umsatzverlustes in Höhe von EUR römisch 30 (ohne Umsatzsteuer) und in Form eines entsprechend verringerten Deckungsbeitrages sowie Jahresgewinnes.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht verletzt, als Bestbieterin gereiht zu werden und auf dieser Basis den Zuschlag zu erhalten. Detaillierte Angaben zu den Gründen der Rechtswidrigkeit seien in den beiliegenden technischen Ausführungen dargestellt.

Die Antragstellerin beantrage die Nichtigerklärung der Entscheidung der vergebenden Stelle, im Verfahren GZL 26300.20/080/2008 den Zuschlag an die Firma B***, zu erteilen.

Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin mit Schreiben der TU Wien vom 6.4.2009 bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin habe den Antrag auf Nachprüfung am 15.4.2009 per E-mail beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Frist des § 321 BVergG sei daher eingehalten. Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin mit Schreiben der TU Wien vom 6.4.2009 bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin habe den Antrag auf Nachprüfung am 15.4.2009 per E-mail beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Frist des Paragraph 321, BVergG sei daher eingehalten.

Als vorläufige Maßnahme, die im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt werde, führte die Antragstellerin in OZ 22 aus, dass dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages an den präsumtiven Zuschlagsempfänger untersagt werden solle.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Technische Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Technische Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Nach den übereinstimmenden Angaben des Auftraggebers und der Antragstellerin handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro XXX exkl USt angegeben. Es handelt sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Nach den übereinstimmenden Angaben des Auftraggebers und der Antragstellerin handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro römisch 30 exkl USt angegeben. Es handelt sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 25 Abs 5 BVergG iVm § 38 Abs 1 BVergG vergeben werden. Die von der Antragstellerin bekämpfte Zuschlagsentscheidung stellt in dieser Verfahrensart eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG dar. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 25, Absatz 5, BVergG in Verbindung mit Paragraph 38, Absatz eins, BVergG vergeben werden. Die von der Antragstellerin bekämpfte Zuschlagsentscheidung stellt in dieser Verfahrensart eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 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 (Anm: nach erstatteter Verbesserung) 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 Anmerkung, nach erstatteter Verbesserung) auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen,

in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Der Antragstellerin ist die Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 zugegangen. In der Zuschlagsentscheidung wurde das Ende der Stillhaltefrist mit 15. April 2009 angegeben. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Der Antragstellerin ist die Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 zugegangen. In der Zuschlagsentscheidung wurde das Ende der Stillhaltefrist mit 15. April 2009 angegeben.

Der Nachprüfungsantrag wurde am 15. April 2009 eingebracht. Bei den Antragsfristen handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32 ff AVG zu erfolgen hat (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergaberecht 2006, § 321 Rz 2). Gegen die Versäumung verfahrensrechtlicher Fristen steht das Rechtsinstrument der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 ff AVG offen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergaberecht 2006, § 321 Rz 32). Die Antragstellerin stellte am 20. April 2009 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit war es nicht möglich, über die Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages zu entscheiden. Wie bereits erwähnt, hat der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 das Ende der Stillhaltefrist mit 15.4.2009 angegeben. Im Hinblick darauf wird im Provisorialverfahren - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - von der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages und in weiterer Folge von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen. Der Nachprüfungsantrag wurde am 15. April 2009 eingebracht. Bei den Antragsfristen handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den Paragraphen 32, ff AVG zu erfolgen hat vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergaberecht 2006, Paragraph 321, Rz 2). Gegen die Versäumung verfahrensrechtlicher Fristen steht das Rechtsinstrument der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, ff AVG offen vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergaberecht 2006, Paragraph 321, Rz 32). Die Antragstellerin stellte am 20. April 2009 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Aufgrund der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit war es nicht möglich, über die Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages zu entscheiden. Wie bereits erwähnt, hat der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 das Ende der Stillhaltefrist mit 15.4.2009 angegeben. Im Hinblick darauf wird im Provisorialverfahren - unvorgreiflich einer anderslautenden Entscheidung im Nachprüfungsverfahren - von der Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrages und in weiterer Folge von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher insofern 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung 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 seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag auf das Angebot der B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevanten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, 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 Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicherweise bestehende Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag auf das Angebot der B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevanten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, 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 Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicherweise bestehende Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Derzeit würden durch einen befristeten Verfahrensstopp keine wesentlichen Interessen des Auftraggebers berührt (vgl. Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.4.2009, OZ 8). Demgegenüber hat die Antragstellerin den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe einerseits im Umsatzverlust und in weiterer Folge im entgangenen Gewinn sowie einem entsprechend verringerten Deckungsbeitrag (vgl. Schriftsatz OZ 20). Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht. Derzeit würden durch einen befristeten Verfahrensstopp keine wesentlichen Interessen des Auftraggebers berührt vergleiche Stellungnahme des

Auftraggebers vom 20.4.2009, OZ 8). Demgegenüber hat die Antragstellerin den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe einerseits im Umsatzverlust und in weiterer Folge im entgangenen Gewinn sowie einem entsprechend verringerten Deckungsbeitrag (vergleiche Schriftsatz OZ 20).

Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, 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 grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf 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 "Verzögerung" des Vergabeverfahrens ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche 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 "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.). 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 (vergleiche 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 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 (vergleiche 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 (vergleiche 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 nicht von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Nach dem Gesagten ist nicht von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 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. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Zuletzt aktualisiert am

10.06.2009

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