

TE Verg Bescheid 2009/3/30 N/0022-BVA/11/2009-8EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.03.2009

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Zweigleisiger Ausbau der Pottendorfer Linie, PODWI II, Baumeisterarbeiten Abschnitt Bf Inzersdorf Blumental – Bf Hennersdorf" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, 1120 Wien, Vivenotgasse 10, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Zweigleisiger Ausbau der Pottendorfer Linie, PODWI römisch zwei, Baumeisterarbeiten Abschnitt Bf Inzersdorf Blumental – Bf Hennersdorf" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, 1120 Wien, Vivenotgasse 10, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen," wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Auftraggeberin schrieb im Rahmen eines offenen Verfahrens einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich aus. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) erteilt werden. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit E-Mail vom 09.03.2009 den Bietern übermittelt und diese darüber informiert, dass beabsichtigt sei, der B*** (in der Folge: präsuntive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen.

Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung vom 09.03.2009 und führt dazu begründend aus, der gegenständliche Bauauftrag sei mit Bekanntmachung vom 02.12.2008 öffentlich ausgeschrieben worden. In den Ausschreibungsunterlagen sei unter der Positionsnummer 00 00A2110 festgelegt, dass die Vergabe der gegenständlichen Leistungen nach den Sektorenbestimmungen des Bundesvergabegesetzes für den Oberschwellenbereich und den dazu ergangenen Verordnungen erfolgen soll. Unter Positionsnummer 00 00A3410 der Ausschreibung sei unter der Überschrift "tLF – Anforderungen: allgem. Bau" Folgendes ausgeführt:

"Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Leistung verfügen.

Als Nachweis sind vorzulegen:

Eine Liste der in den letzten 5 Jahren erbrachten vergleichbaren Bauleistungen, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der Auftraggeber einschließlich deren Kontaktpersonen; sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben."

Unter Positionsnummer 00 00A3710 der Ausschreibung habe die Auftraggeberin unter der Überschrift "Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer" Nachstehendes statuiert:

"Wird der Nachweis der Leistungsfähigkeit nur unter Heranziehung von Subunternehmern erbracht, so ist bei sonstigem Ausscheiden des Angebotes der Subunternehmer bereits mit dem Angebot (zum Beispiel in der Angebotszusammenstellung) namhaft zu machen. Der "Zugriff" auf diese Subunternehmer muss zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein und ist zum Beispiel durch ein bindendes Angebot nachzuweisen."

Unter der Positionsnummer 00 00A3110 sei unter der Überschrift "Berufliche Befugnis" unter anderem festgelegt, dass der Bieter für alle in Frage kommenden Arbeiten die Befugnis am Ausführungsort besitzen müsse. Im Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung werde unter der Positionsnummer 03 2426 mit der Überschrift "Pumpstation" als Leistungsgegenstand unter anderem die Lieferung und Montage einer Niveausteuerng je Pumpe mittels Niveauschaltbirnen festgelegt. Darüber hinaus sei normiert, dass, um bei der gesamten elektrischen Anlage gefährliche Körperströme zu vermeiden, eine Fehlerstromschutzschaltung gemäß ÖVE EN 1 Teil 1 als Schutzmaßnahme vorzusehen sei. Der Steuer- und Schaltschrank sei außerhalb der Pumpenkammer zu installieren.

Unter der Positionsnummer 00 00A2610 werde ein Vadium in Höhe von Euro 500.000 verlangt und dazu Folgendes festgelegt:

"Im Falle der Verwendung eines Bankhaftbriefes (Bankgarantie) ist der Nachweis über den erfolgten Erlag des Vadiums dem Angebot im Original mit rechtsgültiger Fertigung bei sonstigem Ausscheiden beizuschließen und hat dem Musterbankgarantiebrief auf der Homepage der ÖBB (www.oebb.at) zu entsprechen."

Diese Regelung finde sich nochmals unter der Positionsnummer 00 00E3110 unter der Überschrift "Bankgarantiemuster".

Punkt 1.1.5 der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" des ÖBB Konzerns für Bauaufträge, die Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen seien, habe folgenden Inhalt:

"Der Bieter hat in seinem Angebot nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt und die dafür in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben."

Die Angebotsfrist sei am 12.01.2009 abgelaufen. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 22.824.124,96 netto gelegt. Die Angebotssumme der präsuntiven Zuschlagsempfängerin belaufe sich auf Euro 20.481.707,23. Mit E-Mail vom 09.03.2009 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Mit Schreiben vom 10.03.2009, also einen Tag nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung, habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin die Antragstellerin zur Angebotsabgabe für

Subunternehmerleistungen hinsichtlich des gegenständlichen Bauvorhabens eingeladen. Diese Einladung beziehe sich ausschließlich auf Leistungspositionen der konkreten Ausschreibung und habe insbesondere Beton - und Stahlbetonarbeiten zum Gegenstand.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil sie zu Gunsten eines technisch nicht leistungsfähigen, unbefugten Bieters auf ein auszuschheidendes Angebot ergangen sei. Zur Frage der mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führte die Antragstellerin aus, in der Ausschreibung sei unter Positionsnummer 00 00A3410 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Liste der in den letzten 5 Jahren erbrachten vergleichbaren Bauleistungen, über deren Ausführung mit Angabe des Ortes, der Zeit und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der Auftraggeber einschließlich deren Kontaktpersonen verlangt. Nach Kenntnis der Antragstellerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Bauleistungen erbracht, die auch nur annähernd mit den Bauleistungen der gegenständlichen Ausschreibung vergleichbar seien. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich nämlich um spezielle Bauarbeiten im Gefährdungsbereich der Bahn für den zweigleisigen Ausbau, die während des Bahnbetriebes durchzuführen seien und eine Auftragssumme von Euro 20,4 Millionen aufwiesen. Solche Bauleistungen seien von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bisher jedoch nicht erbracht worden. Mangels technischer Leistungsfähigkeit wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher auszuschneiden gewesen. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Subunternehmer für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen namhaft gemacht. Sie habe vielmehr bereits einen Tag nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin eingeladen, ein Angebot bezüglich einzelner das gegenständliche Bauvorhaben betreffende Leistungsgruppen zu legen. Es handle sich hierbei um Beton- und Bewehrungsarbeiten mit einem Ausmaß von mehr als 25% des Gesamtauftragsvolumens, die an Subunternehmer weitergegeben werden sollten. Dies verdeutliche, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht allein in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, sondern auf Kapazitäten Dritter zurückgreifen müsse.

Um die ausgeschriebenen Erdbauarbeiten ausführen zu können, müsse ein ausreichender Fuhrpark vorhanden sein, über den die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch nicht verfüge. Auch bei den Beton- bzw. Brückenbauarbeiten vermöge die präsumtive Zuschlagsempfängerin kein entsprechendes Referenzprojekt vorzuweisen.

Ebensowenig habe die präsumtiven Zuschlagsempfängerin Bewehrungsarbeiten (Verlegen der Bewehrung laut Ausschreibung rund 900t) durchgeführt und es mangle ihr daher auch diesbezüglich an der erforderlichen Leistungsfähigkeit.

Darüber hinaus sei anzumerken, dass die Ankerungsarbeiten LG 03 29, wie verrohrte Bohrung ohne Kerngewinnung, Einbau von vorgespannten, blockierten Kurzzeitankern, Verpressen von Spannankern, Spannanker nachspannen – wie in der Leistungsgruppe 03 29, Seite 247-252 gefordert – nur von Spezialfirmen durchgeführt werden könnten. Auch bezüglich dieser Leistungspositionen sei die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben. Auch die Lehrgerüstarbeiten LG 05 19031 für die Eisenbahnbrücke über die Autobahn S1 seien als ganz spezielle Leistungen, die nur von einer Brückenbaufirma erbracht werden könnten, zu qualifizieren. Bei diesen Leistungsteilen mangle es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ebenfalls an der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit.

Auch im Zusammenhang mit der erforderlichen Erstellung von Lärmschutzwänden LG 03 30 sei die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben.

Nach der Positionsnummer 00 00A3710 hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei Nachweis der Leistungsfähigkeit durch Dritte diese bereits mit dem Angebot namhaft machen und nachweisen müssen, dass der Zugriff auf diese Subunternehmer bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sei. Angesichts des beträchtlichen Ausmaßes jener Leistungen, die nunmehr in "Sub" von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergeben werden sollen bzw. jener Leistungen, bezüglich derer sie keine Referenzen nachweisen könne bzw. für deren Erbringung es ihr an der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit mangle, wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin darüber hinaus auch nach Punkt 1.1.5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns verpflichtet gewesen, die wesentlichen Teile des Auftrages, die sie im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige sowie die dafür in Frage kommenden Subunternehmer, bereits im Angebot bekannt zu geben.

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin dies jedoch unterlassen habe, verfüge sie auch aus diesem Grund nicht über die für die Auftragsdurchführung erforderliche technische Leistungsfähigkeit und wäre ihr Angebot daher auszuschneiden gewesen.

Unter der Leistungsgruppe 03 2426 "Pumpstation" der gegenständlichen Ausschreibung werde als Leistungsgegenstand unter anderem die Lieferung und Montage einer Niveausteuerung je Pumpe mittels Niveauschaltbirnen bestehend aus einem mikrogeschalteten PVC-Gehäuse verlangt. Darüber hinaus sei festgelegt, dass, um bei der gesamten elektrischen Anlage gefährliche Körperströme zu vermeiden, eine Fehlerstromschutzschaltung gemäß ÖVE EN 1 Teil 1 als Schutzmaßnahme vorzusehen sei. Der Steuer- und Schaltschrank sei außerhalb der Pumpenkammer zu installieren. Im Zusammenhang mit der Durchführung dieser Leistung würden Anschlusskabel lose geliefert und müssten in weiterer Folge an das Stromnetz angeschlossen werden. Dabei handle es sich um eine Tätigkeit nach § 106 GewO 1994, die dem reglementierten Gewerbe der Elektrotechnik (§ 94 Z 16 leg. cit.) zuzurechnen sei und deren Ausübung eine Gewerbeberechtigung erfordere. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die für die Erbringung der in der Leistungsgruppe 03 2426 "Pumpstation" notwendige Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik nicht verfüge, mangle es ihr an der erforderlichen beruflichen Befugnis. Die Erbringung der vorher beschriebenen Leistung sei auch nicht von den sogenannten Nebenrechten des § 32 GewO umfasst. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die erforderliche Befugnis nicht verfüge, wäre sie auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Unter der Leistungsgruppe 03 2426 "Pumpstation" der gegenständlichen Ausschreibung werde als Leistungsgegenstand unter anderem die Lieferung und Montage einer Niveausteuerung je Pumpe mittels Niveauschaltbirnen bestehend aus einem mikrogeschalteten PVC-Gehäuse verlangt. Darüber hinaus sei festgelegt, dass, um bei der gesamten elektrischen Anlage gefährliche Körperströme zu vermeiden, eine Fehlerstromschutzschaltung gemäß ÖVE EN 1 Teil 1 als Schutzmaßnahme vorzusehen sei. Der Steuer- und Schaltschrank sei außerhalb der Pumpenkammer zu installieren. Im Zusammenhang mit der Durchführung dieser Leistung würden Anschlusskabel lose geliefert und müssten in weiterer Folge an das Stromnetz angeschlossen werden. Dabei handle es sich um eine Tätigkeit nach Paragraph 106, GewO 1994, die dem reglementierten Gewerbe der Elektrotechnik (Paragraph 94, Ziffer 16, leg. cit.) zuzurechnen sei und deren Ausübung eine Gewerbeberechtigung erfordere. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die für die Erbringung der in der Leistungsgruppe 03 2426 "Pumpstation" notwendige Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik nicht verfüge, mangle es ihr an der erforderlichen beruflichen Befugnis. Die Erbringung der vorher beschriebenen Leistung sei auch nicht von den sogenannten Nebenrechten des Paragraph 32, GewO umfasst. Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die erforderliche Befugnis nicht verfüge, wäre sie auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Unter Positionsnummer 00 00A2610 sei in der Ausschreibungsunterlage der Erlag eines Vadiums in Höhe von Euro 500.000 verlangt und festgelegt, dass der Nachweis im Fall der Verwendung eines Bankhaftbriefes dem Angebot im Original mit rechtsgültiger Fertigung bei sonstigem Ausscheiden beizuschließen sei und dem Mustergarantiebrieft auf der Homepage der ÖBB zu entsprechen habe. Weitere Ausführungen zum Punkt "Bankgarantie" und "Muster" fänden sich in den Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 00 00E3110, wobei auch darauf hingewiesen werde, dass eine als Sicherstellung verwendete Bankgarantie dem Musterbankgarantiebrieft auf der Homepage der ÖBB entsprechen müsse. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegte Bankgarantie weiche jedoch nach dem Kenntnisstand der Antragstellerin von der Musterbankgarantie in einzelnen Punkten ab. Nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes habe der Auftraggeber ein Angebot, für das bei Angebotsöffnung ein korrekter Vadiumsnachweis fehle, auszuschneiden. Liege der in Form einer Bankgarantie verlangte Vadiumsnachweis zwar grundsätzlich vor, entspreche dieser jedoch in einzelnen Punkten nicht der vom Auftraggeber vorgegebenen Musterbankgarantie, so liege ein unbehebbarer Mangel vor. Die Auftraggeberin wäre daher verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch aus diesem Grund auszuschneiden.

Da die Antragstellerin beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen, insbesondere mit vergleichbaren Leistungsinhalten, liege die Durchführung des Auftrages auch deshalb in ihrem Interesse, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit oftmals Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt worden seien, vorweisen müsse. Weiters drohe der Antragstellerin auch ein Schaden aus entgangenem Gewinn.

In ihrer Stellungnahme vom 25.3.2009 sprach sich die Auftraggeberin gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung aus und brachte begründend vor, das gegenständliche Projekt stehe unter großem Termindruck, da die ausgeschriebene Leistung in direktem Zusammenhang mit der Sanierung der Hochstraße Inzersdorf (A 23) sowie der

Errichtung des neuen Hauptbahnhofes Wien stehe. Für die Sanierung der Hochstraße sei die uneingeschränkte Benützung der S 1 als einzige hochrangige Umfahrungsmöglichkeit erforderlich, was bedeute, dass eine zeitgleiche Einschränkung durch den Bau der Eisenbahnbrücke nicht möglich sei. Weiters müsse der Südbahnhof für die Errichtung des neuen Hauptbahnhofes ab Dezember 2009 gesperrt werden. Während dieser Sperre übernehme der Bahnhof Wien Meidling die Funktion des Südbahnhofes. Um dies zu ermöglichen, müsse ein Teil des Zugverkehrs über die Pottendorfer Linie geführt werden. Die Erfüllung der zeitlichen Vorgaben bei den Arbeiten am Hauptbahnhof könne nur mit dem vorgesehenen Zeitrahmen sichergestellt werden. Der Beginn der Bauarbeiten sei für 30.3.2009 geplant gewesen. Eine Verzögerung würde zu einer Verschiebung der Arbeiten am Hauptbahnhof führen, was massive betriebliche Konsequenzen und Mehrkostenforderungen zur Folge habe. Mit der Erlassung der einstweiligen Verfügung wären daher maßgebliche nachteilige Folgen sowohl für die Fahrgäste als auch für die Auftraggeberin verbunden.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Bei der ÖBB- Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG 2006. Die Aktien der ÖBB- Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB- Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Da die ÖBB- Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Bei der ÖBB- Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG 2006. Die Aktien der ÖBB- Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB- Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Da die ÖBB- Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Nach den Angaben der Auftraggeberin ist das vorliegende Vergabeverfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin ergibt, wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Von einem im § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 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 leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des 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, leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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.

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass der Baubeginn für spätestens 30.3.2009 vorgesehen sei und eine Verzögerung zu einer Verschiebung der Arbeiten am Hauptbahnhof führe, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch 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). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Die äußerst knappe Terminplanung liegt in der Sphäre der Auftraggeberin und kann keine Begründung für eine Schmälerung des vom Gesetz vorgesehenen Rechtsschutzes darstellen. Da die Anbotsöffnung am 19.1.2009 und die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erst am 9.3.2009 erfolgte, somit rund sechs Wochen nach der Anbotsöffnung, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um rund sechs Wochen nicht ins Gewicht. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass der Baubeginn für spätestens 30.3.2009 vorgesehen sei und eine Verzögerung zu einer Verschiebung der Arbeiten am Hauptbahnhof führe, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch 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). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Die äußerst knappe Terminplanung liegt in der Sphäre der Auftraggeberin und kann keine Begründung für eine Schmälerung des vom Gesetz vorgesehenen Rechtsschutzes darstellen. Da die Anbotsöffnung am 19.1.2009 und die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erst am 9.3.2009 erfolgte, somit rund sechs Wochen nach der Anbotsöffnung, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um rund sechs Wochen nicht ins Gewicht.

Was die vom Auftraggeber angeführten, durch die Verzögerung des Projektes verursachten Mehrkosten betrifft, liegt es in der Natur der Sache, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann. Als Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren regelmäßig verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium ausschalten (so etwa BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10, BVA 12.10.2004, 04N- 96/04-16 uva.).

Weiters ist auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden

kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Weiters ist auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2009

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