

TE Verg Bescheid 2009/3/26 N/0021-BVA/10/2009-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.03.2009

Norm

BVergG 2006 §328

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A10 Tauern Autobahn, Vollausbau Neubau/Sanierung Tauerntunnel, Allgemeine Elektrotechnik - Röhre Salzburg/Röhre Villach" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 20. März 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A10 Tauern Autobahn, Vollausbau Neubau/Sanierung Tauerntunnel, Allgemeine Elektrotechnik - Röhre Salzburg/Röhre Villach" der Auftraggeberin Autobahnen- und

Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 20. März 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, "das Bundesvergabeamt wolle nach Verständigung des Antraggegners über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung

1. 1.Ziffer eins
die Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2009 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und
2. 2.Ziffer 2
der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen",

wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "A10 Tauern Autobahn, Vollausbau Neubau/Sanierung Tauerntunnel, Allgemeine Elektrotechnik - Röhre Salzburg/Röhre Villach" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft wird ausgesetzt.

Der Auftraggeberin, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "A10 Tauern Autobahn, Vollausbau Neubau/Sanierung Tauerntunnel, Allgemeine Elektrotechnik - Röhre Salzburg/Röhre Villach", den Zuschlag zu erteilen.

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

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 20. März 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Darin erachtete sie sich in ihrem Recht auf Ausscheiden eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Das Bundesvergabeamt sei für Nachprüfungsverfahren betreffend die ASFINAG zuständig. Es handle sich um einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Zuschlagsentscheidung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Der Antrag sei rechtzeitig und die Gebühren in der Höhe von Euro 7.500 seien bezahlt worden. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca Euro 1.580.000. Darüber hinaus entstünden ihr frustrierte Angebotskosten von etwa Euro 70.000. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sofern aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Antragstellerin stellte am 20. März 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Darin erachtete sie sich in ihrem Recht auf Ausscheiden eines den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Das Bundesvergabeamt sei für Nachprüfungsverfahren betreffend die ASFINAG zuständig. Es handle sich um einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich. Die Zuschlagsentscheidung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag sei rechtzeitig und die Gebühren in der Höhe von Euro 7.500 seien bezahlt worden. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca Euro 1.580.000. Darüber hinaus

entstünden ihr frustrierte Angebotskosten von etwa Euro 70.000. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sofern aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung begründete sie im Wesentlichen damit, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen Eignung fehlt. Sie könne den in der Ausschreibung geforderten Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG nicht vorweisen. Dies betreffe die Befugnis für Statik, Verkehrsplanung und Vermessungstechnik. Der Bieter müsse entweder selbst über die Befugnis verfügen oder einen entsprechend befugten Subunternehmer heranziehen. Dies sei im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht erfolgt. Ihr Angebot sei daher auszuschneiden. Die Nachweise seien gemäß Punkt B.1.3.10.2 der bestandsfesten Ausschreibung im Angebot anzuführen. Die drei preislich vor dem Angebot der Antragstellerin liegenden Angebote der B*** dürften nicht berücksichtigt werden, da sie Abänderungsangebote seien. Die angebotenen Abänderungen führten zu wesentlichen Änderungen der Angebote gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung. Das Abänderungsangebot CO/TS Messanlagen sei wegen der wesentlichen Abänderungen des ausgeschriebenen Systems in Wahrheit ein unzulässiges Alternativangebot. Bei dem Abänderungsangebot USV-Anlagen würden Bleibatterien statt der ausgeschriebenen NiCd-Batterien angeboten. Die Ausschreibung lasse in diesem Punkt keine Alternativen zu. Bei den NiCd-Batterien handle es sich um eine "ASFINAG-Standard". Alternativangebote seien nach der Ausschreibung zwar formal zulässig, inhaltlich mangels Mindestanforderungen an Alternativangebote jedoch unzulässig. Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung begründete sie im Wesentlichen damit, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen Eignung fehlt. Sie könne den in der Ausschreibung geforderten Nachweis der Befugnis gemäß Paragraph 71, BVergG nicht vorweisen. Dies betreffe die Befugnis für Statik, Verkehrsplanung und Vermessungstechnik. Der Bieter müsse entweder selbst über die Befugnis verfügen oder einen entsprechend befugten Subunternehmer heranziehen. Dies sei im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht erfolgt. Ihr Angebot sei daher auszuschneiden. Die Nachweise seien gemäß Punkt B.1.3.10.2 der bestandsfesten Ausschreibung im Angebot anzuführen. Die drei preislich vor dem Angebot der Antragstellerin liegenden Angebote der B*** dürften nicht berücksichtigt werden, da sie Abänderungsangebote seien. Die angebotenen Abänderungen führten zu wesentlichen Änderungen der Angebote gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung. Das Abänderungsangebot CO/TS Messanlagen sei wegen der wesentlichen Abänderungen des ausgeschriebenen Systems in Wahrheit ein unzulässiges Alternativangebot. Bei dem Abänderungsangebot USV-Anlagen würden Bleibatterien statt der ausgeschriebenen NiCd-Batterien angeboten. Die Ausschreibung lasse in diesem Punkt keine Alternativen zu. Bei den NiCd-Batterien handle es sich um eine "ASFINAG-Standard". Alternativangebote seien nach der Ausschreibung zwar formal zulässig, inhaltlich mangels Mindestanforderungen an Alternativangebote jedoch unzulässig.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme. Ab dem 20. März 2009 hätte die Auftraggeberin ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung, wodurch der Antragstellerin ein unwiederbringlicher Schaden entstehen würde. Die Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen könne den Erhalt des Auftrags nicht aufwiegen. Es solle eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wenn nicht besondere Gründe gegen den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes sprächen. Die Antragstellerin erklärte ihr diesbezügliches Vorbringen zum Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünden weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen noch überwögen Interessen der beteiligten Bieter oder der Auftraggeberin. Es bestünde kein öffentliches Interesse wie Gefährdung von Leib und Leben oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen der einstweiligen Verfügung entgegen. Öffentliche Interessen bestünden jedoch auch an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Dabei habe die Rechtswidrigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe. Das Bundesvergabeamt habe bei vergleichbaren Vergabeverfahren festgehalten, dass trotz der mit der Durchführung des Auftrags verbundenen Erhöhung der Verkehrssicherheit kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Zuschlagserteilung bestehe, das der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehe. Die Auftraggeberin habe das am längsten dauernde Vergabeverfahren gewählt. Die Zuschlagskriterien zeigten auch kein Interesse an einer möglichst raschen Durchführung der Arbeiten. Die Auftraggeberin müsse die

Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer Zeitplanung berücksichtigen. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Anhaltung des Vergabeverfahrens. Die Interessenabwägung müsse zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen. Die beantragten Maßnahmen seien geeignet und das gelindeste Mittel.

Am 25. März 2009 erteilte die Antragstellerin allgemeine Auskünfte, nahm zum Umfang der Akteneinsicht gemäß 17 AVG Stellung und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Zum Provisorialverfahren nahm die Auftraggeberin nicht Stellung. Am 25. März 2009 erteilte die Antragstellerin allgemeine Auskünfte, nahm zum Umfang der Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG Stellung und legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Zum Provisorialverfahren nahm die Auftraggeberin nicht Stellung.

1. 2. Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die ASFINAG hat die Einrichtungen der allgemeinen Elektrotechnik der bestehenden und der neu errichteten Röhre des Tauerntunnels ausgeschrieben. Dabei sind im Wesentlichen die Niederspannungsverteilungsanlage, die Sicherheitsstromversorgungsanlage, die Erdungs- und Blitzschutzanlage, die Tunnel- und Straßenbeleuchtung, die Konstruktionen, die Rohr- und Tragsysteme, die Überwachungssysteme für Luftverhältnisse, die Verkehrslenkung, die Verkehrsdatenerfassung, die Videoüberwachungsanlage, die Notrufeinrichtungen, die Beschallungsanlage, die Fernsprechanlage, die Informationsübertragung, die Kabel- und Leitungen, die Gebäude- und Nischeninstallationen mit Ausstattungen, die Gebäudelüftung mit Klimatisierungen, die Löscheinrichtungen, die De- und Wiedermontagen, die Bauarbeiten, die Inbetriebsetzungs-, die Inbetriebnahmearbeiten, die Wartungsleistungen zu liefern, montieren und in Betrieb zu setzen. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Auftrags beträgt Euro 23.985.000 ohne USt. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in der Bekanntmachung als Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen bezeichnet ist. Er betrifft die CPV-Codes 31600000-2 (Elektrische Ausrüstung), 31720000-9 (Elektromechanische Ausrüstung), 32552120-4 (Notrufsäulen), 34993100-5 (Tunnelbeleuchtung), 31216100-4 (Blitzschutzvorrichtungen) und 48952000-6 (Beschallungsanlagen). Alternativangebote sind zulässig. Der Auftrag soll von 1. September 2009 bis 30. Juni 2011 durchgeführt werden. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH. Der gegenständliche Auftrag ist in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Die Veröffentlichung erfolgte in Österreich am 24. Oktober 2008, in der EU am 24. Oktober 2008, bekannt gemacht im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 29.10.2008, 2008/S 210-278976. Die Auftraggeberin berichtete die Ausschreibung zweimal, bekannt gemacht im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 9.12.2008, 2008/S 239-316874 und vom 17.12.2008, 2008/S 245-325441. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Die Angebotsöffnung erfolgte am 23. Dezember 2008. Die C*** gab mit Euro 17.083.720,96 ohne USt das billigste Angebot ab. Die Antragstellerin gab mit einer Angebotssumme von Euro 17.616.832,09 ohne USt das zweitbilligste

Angebot ab. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zugunsten der C*** erfolgte am 6. März 2009 per Telefax an alle Bieter. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau unter ted.europa.eu)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3. Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft - ASFINAG. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (zB BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-037; 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; 9.1.2009, N/0137-BVA/04/2008-70). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach der Ausschreibung um einen Bauauftrag gemäß § 4 Abs 1 Z 3 BVergG, wobei auch die Voraussetzungen für einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 1 BVergG iVm Klasse 45.31 in Anh I zum BVergG erfüllt sind. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3

BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft - ASFINAG. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (zB BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-037; 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; 9.1.2009, N/0137-BVA/04/2008- 70). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nach der Ausschreibung um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, wobei auch die Voraussetzungen für einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Klasse 45.31 in Anh römisch eins zum BVergG erfüllt sind. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 25. März 2009, OZ 8, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 25. März 2009, OZ 8, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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 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 BVergG 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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 von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die C*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung 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.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Zuschlagserteilung an sie und der Abwendung der behauptet rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die C***.

Die Auftraggeberin sah trotz Aufforderung von einer Stellungnahme zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Sonstige Stellungnahmen wurden nicht abgegeben. Das Bundesvergabeamt kann daher gemäß § 313

Abs 2 BVergG auf Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin entscheiden (BVA 9.12.2008, N/0158-BVA/08/2008-EV25). Die Auftraggeberin sah trotz Aufforderung von einer Stellungnahme zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab. Sonstige Stellungnahmen wurden nicht abgegeben. Das Bundesvergabeamt kann daher gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG auf Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin entscheiden (BVA 9.12.2008, N/0158-BVA/08/2008-EV25).

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Schließlich hat der Auftraggeber die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in seiner Zeitplanung zu berücksichtigen. Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Schließlich hat der Auftraggeber die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in seiner Zeitplanung zu berücksichtigen.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass sich die Auftraggeberin einer Geltendmachung von Interessen am Unterbleiben der einstweiligen Verfügung enthielt. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung nimmt ihr die Wirkung und verhindert - mangels gesetzlicher Nichtigkeitssanktion - die Zuschlagserteilung, da diese nur auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung erfolgen kann. Die Kombination beider Mittel belastet die Auftraggeberin stärker als nötig, da sie lediglich in dem Ausmaß belastet ist, das zur Absicherung des Nachprüfungsverfahrens unbedingt erforderlich ist, im Übrigen jedoch ihre volle Handlungsfreiheit behält.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030 BVA/10/2006-EV008; Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte

Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabebeamten davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030 BVA/10/2006-EV008;

9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008-011;

18.11.2008, N/0147-BVA/10/2008-EV15; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4).

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