

TE Verg Bescheid 2008/12/16 N/0160-BVA/10/2008-12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.12.2008

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

Spruch

Dem Antrag, "der öffentlichen Auftraggeberin Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (Widerrufsentscheidung vom 1.12.2008 im Vergabeverfahren '5020 Salzburg, Erzabt Klotz Straße 1, Neubau der KGW - Fakultät, TGA Raumluftechnische Anlagen, RLT') untersagt, im Vergabeverfahren '5020 Salzburg, Erzabt Klotz Straße 1, Neubau der KGW - Fakultät, TGA Raumluftechnische Anlagen, RLT' den Widerruf zu erklären", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau der Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGWFakultät) der Universität Salzburg, TGA Raumluftechnische Analgen RLT", den Widerruf zu erklären.

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 A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2008, beim Bundesvergabeamt am 9. Dezember 2008 eingelangt, 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 Widerrufsentscheidung in dem Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau der Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGWFakultät) der Universität Salzburg, TGA Raumluftechnische Analgen RLT". Sie brachte im Wesentlichen vor, Auftraggeberin sei die Bundesimmobiliengesellschaft mbH. Sie sei durch die eine mit "Planen und Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg" in einem offenen Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben worden. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Die BIG sei öffentliche Auftraggeberin. Am Vergabeverfahren habe sich die B*** beteiligt und fristgerecht ein vollständiges, formgültiges und richtiges Angebot abgegeben. Die Antragstellerin habe die B*** übernommen und verschmolzen. Sie sei daher Rechtsnachfolgerin. Nach dem Ergebnis der Angebotsöffnung sei das Angebot der Antragstellerin Bestbieterangebot. Nach der Angebotslegung und Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin nunmehr eine Widerrufsentscheidung vom 1. Dezember 2008 gefasst. Diese werde angefochten. Sie sei damit begründet, dass die Angebotspreise generell trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung wesentlich über den Schätzkosten lägen und daher eine budgetäre Deckung nicht mehr vorliege. Es sei nicht bekannt, wie hoch die Schätzkosten gewesen seien und aufgrund welcher Schätzung sie erfolgt seien. Ebenso sei auch nicht bekannt, in welchem Umfang Überschreitungen der geschätzten Kosten vorlägen und ob diese Schätzung überhaupt richtig und vertretbar sei. Es der Widerrufsentscheidung kein Prüfverfahren vorangegangen. Es handle sich um eine Begründung im Sinne des § 140 BVergG, die nicht nachvollziehbar und nicht begründet sei. Die Entscheidungsgrundlagen lägen nicht vor. Die Antragstellerin sei dazu nicht gehört worden. Der Entscheidung sei am 1. Dezember 2008 zugestellt. Der Antrag sei am 5. Dezember 2008 per Post und per Fax dem Bundesvergabeamt über mittelt worden und daher rechtzeitig. Die Widerrufsentscheidung sei begründungslos und rechtswidrig. Im Fall des Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens erleide die Antragstellerin einen beträchtlichen finanziellen Schaden, der sich aus dem Verlust des Zuschlags, dem entgangenen Gewinn und der weiters entgehenden Gemeinkosten, den bisherigen Beratungskosten der Antragstellerin und dem Verlust eines Referenzprojekts zusammensetze. Der kalkulatorische Gewinn betrage etwa 5 % des Auftragswertes und sei mit einem Deckungsbeitrag von etwa 16,6 %, gesamt etwa Euro 610.000 kalkuliert worden. Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

Die A*** vertreten durch X***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, stellte mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2008, beim Bundesvergabeamt am 9. Dezember 2008 eingelangt, 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 Widerrufsentscheidung in dem Vergabeverfahren "5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau der Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGWFakultät) der Universität Salzburg, TGA Raumluftechnische Analgen RLT". Sie brachte im Wesentlichen vor, Auftraggeberin sei die Bundesimmobiliengesellschaft mbH. Sie sei durch die eine mit "Planen und Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg" in einem offenen Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben worden. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Die BIG sei öffentliche Auftraggeberin. Am Vergabeverfahren habe sich die B*** beteiligt und fristgerecht ein vollständiges, formgültiges und richtiges Angebot abgegeben. Die Antragstellerin habe die B*** übernommen und verschmolzen. Sie sei daher Rechtsnachfolgerin. Nach dem Ergebnis der Angebotsöffnung sei das Angebot der Antragstellerin Bestbieterangebot. Nach der Angebotslegung und Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin nunmehr eine Widerrufsentscheidung vom 1. Dezember 2008 gefasst. Diese werde angefochten. Sie sei damit begründet, dass die Angebotspreise generell trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung wesentlich über den Schätzkosten lägen und daher eine budgetäre Deckung nicht mehr vorliege. Es sei nicht bekannt, wie hoch die Schätzkosten gewesen seien und aufgrund welcher Schätzung sie erfolgt seien. Ebenso sei auch nicht bekannt, in welchem Umfang Überschreitungen der geschätzten Kosten vorlägen und ob diese Schätzung überhaupt richtig und vertretbar sei. Es der Widerrufsentscheidung kein Prüfverfahren vorangegangen. Es handle sich um eine Begründung im Sinne des Paragraph 140, BVergG, die nicht nachvollziehbar und nicht begründet sei. Die Entscheidungsgrundlagen lägen nicht vor. Die Antragstellerin sei dazu nicht gehört worden. Der Entscheidung sei am 1. Dezember 2008 zugestellt. Der

Antrag sei am 5. Dezember 2008 per Post und per Fax dem Bundesvergabeamt über mittelt worden und daher rechtzeitig. Die Widerrufsentscheidung sei begründungslos und rechtswidrig. Im Fall des Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens erleide die Antragstellerin einen beträchtlichen finanziellen Schaden, der sich aus dem Verlust des Zuschlags, dem entgangenen Gewinn und der weiters entgehenden Gemeinkosten, den bisherigen Beratungskosten der Antragstellerin und dem Verlust eines Referenzprojekts zusammensetze. Der kalkulatorische Gewinn betrage etwa 5 % des Auftragswertes und sei mit einem Deckungsbeitrag von etwa 16,6 %, gesamt etwa Euro 610.000 kalkuliert worden. Die Antragstellerin erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

1. 1.Ziffer eins

In ihrem Recht auf Führung eines mängelfreien und gesetzmäßigen Vergabeverfahrens (§ 1, § 19 BVergG 2006) und in ihrem Recht auf Einhaltung eines fairen Vergabeverfahrens, In ihrem Recht auf Führung eines mängelfreien und gesetzmäßigen Vergabeverfahrens (Paragraph eins,, Paragraph 19, BVergG 2006) und in ihrem Recht auf Einhaltung eines fairen Vergabeverfahrens,

1. 2.Ziffer 2

in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Begründung von vergaberechtlichen Entscheidungen;

1. 3.Ziffer 3

in ihrem Recht auf Vornahme einer vollständigen Angebotsprüfung und auf Vornahme einer sachlichen Prüfung des Vorliegens von Widerrufsgründen unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bieter;

1. 4.Ziffer 4

in ihrem Recht auf Unterlassung eines gesetzwidrigen Widerrufs und gesetzmäßige Handhabung der Bestimmung des § 139 BVergG 2006; in ihrem Recht auf Unterlassung einer gesetzwidrigen Widerrufsentscheidung und damit auf Unterlassung einer darauf fußenden rechtswidrigen Widerrufserklärung; in ihrem Recht auf Unterlassung eines gesetzwidrigen Widerrufs und gesetzmäßige Handhabung der Bestimmung des Paragraph 139, BVergG 2006; in ihrem Recht auf Unterlassung einer gesetzwidrigen Widerrufsentscheidung und damit auf Unterlassung einer darauf fußenden rechtswidrigen Widerrufserklärung;

1. 5.Ziffer 5

damit zugleich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, da kein Grund für die Erklärung des Widerrufs besteht; in ihrem weiteren Recht auf die sachliche und mängelfreie Ausübung des dem Auftraggeber gesetzlich eingeräumten Ermessens bei Prüfung der Frage, ob ein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliegt (§ 19 BVergG); damit zugleich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, da kein Grund für die Erklärung des Widerrufs besteht; in ihrem weiteren Recht auf die sachliche und mängelfreie Ausübung des dem Auftraggeber gesetzlich eingeräumten Ermessens bei Prüfung der Frage, ob ein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliegt (Paragraph 19, BVergG);

1. 6.Ziffer 6

in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Anwendung der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen betreffen das Zustandekommen und die Bekanntgabe und Begründung der Widerrufsentscheidung, insbesondere soweit diese die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Begründung der Widerrufsentscheidung betreffen; damit in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen der 139 und 140 BVergG 2006.

Beantragt werde die Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, der Widerrufsentscheidung. Es müssten sachliche Gründe iSd § 139 Abs 2 Z 3 BVergG vorliegen. Der Widerruf müsse erforderlich und sachgerecht sein. Es müsse sich um ein taugliches, sachgerechtes, verhältnismäßiges und erforderliches Mittel zur Problembehebung der Auftraggeberseite handeln, wobei eine Interessenabwägung dahingehend vorzusehen sei, ob auch nachteilige Interessen der Bieter berührt würden. Jedenfalls sei der Widerruf dann sachlich nicht gerechtfertigt, wenn er dazu diene, den Angebotspreis zu reduzieren. Es würden besondere Anforderungen an das Zustandekommen und die Begründung einer solchen Entscheidung. Der Widerruf dürfe nicht auf Gründe gestützt werden, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt waren oder bekannt sein mussten. In weiterer Folge macht die Antragstellerin Ausführungen über die Schätzung des Auftragswertes und natur der Ausschreibung. Der Widerruf sei dann nicht möglich, wenn bei anzunehmender sachkundiger und vollständiger sachverständiger Schätzung der Bauaufgabe auf Basis der eigenen Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers die sich ergebenden Angebotspreise

angemessen seien und wie hier, auf der eigenen Ausschreibung der Leistungen und auf dem technischen Leistungsbeschrieb beruhten sowie zur Erstellung des Gesamtwerks sachlich erforderlich seien wenn dieses ohnedies erstellt werde (kein Widerruf des Gesamtvorhabens). Es liege keine Situation vor, die von solchem Gewicht sei, dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre, von einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens abzusehen. Die Schätzung sei erfolgt. Die baulichen Maßnahmen seien weiterhin erforderlich. In der Widerrufsentscheidung seien keine Daten über das Budget und seine Überschreitung belegt. Es sei keine Preisprüfung der Angebote vorgenommen worden. Auch aus diesem Grund sei die Annahme des Vorliegens von im Vergleich zur Schätzung deutlich höheren Preisen nicht nachvollziehbar. Eine Erörterung der behaupteten Überschreitung der geschätzten Preise sei unterblieben. Die Marktangemessenheit der angebotenen Preise zu überprüfen. Die Antragstellerin habe keine Möglichkeit gehabt, die Preise zu erörtern. Beantragt werde die Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, der Widerrufsentscheidung. Es müssten sachliche Gründe iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG vorliegen. Der Widerruf müsse erforderlich und sachgerecht sein. Es müsse sich um ein taugliches, sachgerechtes, verhältnismäßiges und erforderliches Mittel zur Problembehebung der Auftraggeberseite handeln, wobei eine Interessenabwägung dahingehend vorzusehen sei, ob auch nachteilige Interessen der Bieter berührt würden. Jedenfalls sei der Widerruf dann sachlich nicht gerechtfertigt, wenn er dazu diene, den Angebotspreis zu reduzieren. Es würden besondere Anforderungen an das Zustandekommen und die Begründung einer solchen Entscheidung. Der Widerruf dürfe nicht auf Gründe gestützt werden, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt waren oder bekannt sein mussten. In weiterer Folge macht die Antragstellerin Ausführungen über die Schätzung des Auftragswertes und natur der Ausschreibung. Der Widerruf sei dann nicht möglich, wenn bei anzunehmender sachkundiger und vollständiger sachverständiger Schätzung der Bauaufgabe auf Basis der eigenen Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers die sich ergebenden Angebotspreise angemessen seien und wie hier, auf der eigenen Ausschreibung der Leistungen und auf dem technischen Leistungsbeschrieb beruhten sowie zur Erstellung des Gesamtwerks sachlich erforderlich seien wenn dieses ohnedies erstellt werde (kein Widerruf des Gesamtvorhabens). Es liege keine Situation vor, die von solchem Gewicht sei, dass ein besonnener Auftraggeber versucht wäre, von einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens abzusehen. Die Schätzung sei erfolgt. Die baulichen Maßnahmen seien weiterhin erforderlich. In der Widerrufsentscheidung seien keine Daten über das Budget und seine Überschreitung belegt. Es sei keine Preisprüfung der Angebote vorgenommen worden. Auch aus diesem Grund sei die Annahme des Vorliegens von im Vergleich zur Schätzung deutlich höheren Preisen nicht nachvollziehbar. Eine Erörterung der behaupteten Überschreitung der geschätzten Preise sei unterblieben. Die Marktangemessenheit der angebotenen Preise zu überprüfen. Die Antragstellerin habe keine Möglichkeit gehabt, die Preise zu erörtern.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters führte sie im Wesentlichen aus, dass der drohende Schaden dem im Nachprüfungsantrag entspricht. Die Auftraggeberin beabsichtige, das Vergabeverfahren nach Ablauf der Widerrufsfrist zu widerrufen. Es bestünden keine Gründe, das Bestbieteroffert der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen. Ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünde die Erklärung des Widerrufs unmittelbar bevor. Grundsätzlich gebühre dem einstweiligen Rechtsschutz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sowohl aufgrund des nationalen Umsetzungsrechts wie auch der europäischen rechtlichen Bestimmungen der Vorzug. Dies ergebe sich auch aus der Rechtsmittel-Richtlinie. Die Antragstellerin habe ein besonderes Interesse am Vertragsabschluss. Werde die Widerrufsentscheidung aufgehoben, so habe die Antragstellerin als Bestbieterin einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Zuschlags. Ein Schadenersatzanspruch könne den Vertragsabschluss niemals aufwiegen. Zugleich seien die Unwägbarkeiten eines Zivilprozesses auf Zuerkennung von Schadenersatz ungleich größer, als die Rechtssicherheit, die die Erteilung eines öffentlichen Auftrags einräume. Auch sei der Umweg über ein Zivilverfahren nicht zumutbar. Die Antragstellerin wolle die gegenständlichen Arbeiten ausführen. Das Interesse der Antragstellerin gründe sich darauf, dass ihr im Falle der Widerrufserklärung die Gefahr des Verlustes des Auftrags samt dem Eintritt des geltend gemachten Schadens drohe. Die Interessen der Auftraggeberin seien zu vernachlässigen. Sie habe die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in ihrer Zeitplanung zu berücksichtigen. Weiters habe die sachlich grundlose Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin zu dieser Verzögerung geführt. Die Untersagung der Widerrufserklärung werde beantragt. Nach der Rechtsprechung sei die Angabe einer bestimmten Zeit nicht erforderlich. Sollte eine bestimmte Zeit verlangt werden, werde die gesetzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen beantragt. Die beantragte einstweilige Verfügung sei auch das gelindeste in Betracht kommende Mittel iSd § 329 BVergG 2006. Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch zum Vorbringen

zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters führte sie im Wesentlichen aus, dass der drohende Schaden dem im Nachprüfungsantrag entspricht. Die Auftraggeberin beabsichtige, das Vergabeverfahren nach Ablauf der Widerrufsfrist zu widerrufen. Es bestünden keine Gründe, das Bestbieterangebot der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen. Ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünde die Erklärung des Widerrufs unmittelbar bevor. Grundsätzlich gebühre dem einstweiligen Rechtsschutz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sowohl aufgrund des nationalen Umsetzungsrechts wie auch der europäischen rechtlichen Bestimmungen der Vorzug. Dies ergebe sich auch aus der Rechtsmittel-Richtlinie. Die Antragstellerin habe ein besonderes Interesse am Vertragsabschluss. Werde die Widerrufsentscheidung aufgehoben, so habe die Antragstellerin als Bestbieterin einen Rechtsanspruch auf Erteilung des Zuschlags. Ein Schadenersatzanspruch könne den Vertragsabschluss niemals aufwiegen. Zugleich seien die Unwägbarkeiten eines Zivilprozesses auf Zuerkennung von Schadenersatz ungleich größer, als die Rechtssicherheit, die die Erteilung eines öffentlichen Auftrags einräume. Auch sei der Umweg über ein Zivilverfahren nicht zumutbar. Die Antragstellerin wolle die gegenständlichen Arbeiten ausführen. Das Interesse der Antragstellerin gründe sich darauf, dass ihr im Falle der Widerrufserklärung die Gefahr des Verlustes des Auftrags samt dem Eintritt des geltend gemachten Schadens drohe. Die Interessen der Auftraggeberin seien zu vernachlässigen. Sie habe die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in ihrer Zeitplanung zu berücksichtigen. Weiters habe die sachlich grundlose Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin zu dieser Verzögerung geführt. Die Untersagung der Widerrufserklärung werde beantragt. Nach der Rechtsprechung sei die Angabe einer bestimmten Zeit nicht erforderlich. Sollte eine bestimmte Zeit verlangt werden, werde die gesetzliche Dauer des Nachprüfungsverfahrens von sechs Wochen beantragt. Die beantragte einstweilige Verfügung sei auch das gelindeste in Betracht kommende Mittel iSd Paragraph 329, BVergG 2006.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und bestätigte weiters im Wesentlichen den vom Antragsteller dargestellten zeitlichen Ablauf zum Vergabeverfahren. Zum Hauptverfahren brachte sie im Wesentlichen vor, dass fünf Bieter Angebote abgegeben hatten. Die Antragstellerin habe mit Euro 2.846.773,78 das Angebot mit dem billigsten Preis gelegt. Die Kostenschätzung des Generalplaners habe für die Errichtung der raumlufttechnischen Anlagen einen Preis von Euro 1.770.901,39 ergeben. Im Zuge der Angebotsprüfung habe sie festgestellt, dass die Angebote allesamt eine gravierende Überschreitung der vom Generalplaner erstellten Auftragswertschätzung aufwiesen. Die Auftragswertschätzung sei vom verantwortlichen generalplaner fachkundig durchgeführt und mit gleichartigen Angeboten bzw. Leistungsverzeichnispositionen von Angeboten bei anderen Bauvorhaben verglichen worden. Die budgetäre Deckung, die sich an den Schätzkosten orientiert habe, sei nicht mehr gegeben. Die Ausschreibung sei aus diesem Grund widerrufen worden. Mit Fax vom 1. Dezember 2008 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin den Widerruf der Ausschreibung mitgeteilt. Wie sich aus den Materialien zur Regierungsvorlage ergebe, wollte der Gesetzgeber den Fall, dass die Angebotspreise trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz lägen, von § 139 Abs 1 BVergG erfasst wissen. Der Begriff des sachlichen Grundes des § 139 Abs 2 BVergG sei durch die europäische und nationale Rechtsprechung konkretisiert. Ein Widerruf sei demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die ausgeschriebene Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötige. Die Auftraggeberin habe Grund zur Annahme, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln. Die Neuerrichtung der KGW Salzburg erfolge innerhalb des mit der Universität Salzburg abgestimmten Kostenrahmens. Dieser sei im Ergebnis mit dem Finanzministerium abgestimmt mit der Vorgabe, dass darüber hinaus keine weiteren budgetären Mittel zur Verfügung stünden. Das Bauvorhaben müsse daher innerhalb der zugesagten budgetären Mittel abgewickelt werden. Die Auftraggeberin übernehme die komplette Vorfinanzierung des auf ihrer Liegenschaft errichteten Bauvorhabens und refinanziere es über die Mietzahlungen der Universität Salzburg. Da einer budgetären Überschreitungen keine entsprechend höheren Mitzahlungen gegenüberstünden, sei die im gegenständlichen Fall vorliegende Nichtfinanzierbarkeit der Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung mangels eines entsprechenden Budgets erfüllt und daher jedenfalls der Begriff des "sachlichen Grundes" sowie darüber hinausgehend die in den Materialien angeführte Fallkonstellation des Abs 1, die zwingend einen Widerruf der Ausschreibung nach sich zieht. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung sei lediglich anhand objektiver Gesichtspunkte vorzunehmen. Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit des Widerrufs sei daher nicht gegeben. Es gebe - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - keinen Rechtsanspruch auf Zuschlagserteilung. Die Antragstellerin verkenne völlig, dass der Widerruf deswegen erfolgt sei, da die budgetäre Deckung für die Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen in dieser Form nicht gegeben sei und daher eine Umplanung und Neuausschreibung der

gegenständlichen Leistung erforderlich sei. Die Auftraggeberin habe unmittelbar nach Mitteilung der Widerrufsentscheidung den Generalplaner angewiesen, planerische Vorschläge darzulegen, die sicherstellten, dass das Bauvorhaben entsprechend dem vorliegenden freigegebenen Budget abgewickelt werden könnten. Der Generalplaner arbeite gemeinsam mit seinen Fachplanern noch an den notwendigen Umplanungen und der Erstellung eines neuen Leistungsverzeichnisses, habe jedoch in der letzten Besprechung bereits erste wesentliche Vorschläge mit Einsparungspotenzial präsentiert. Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und bestätigte weiters im Wesentlichen den vom Antragsteller dargestellten zeitlichen Ablauf zum Vergabeverfahren. Zum Hauptverfahren brachte sie im Wesentlichen vor, dass fünf Bieter Angebote abgegeben hatten. Die Antragstellerin habe mit Euro 2.846.773,78 das Angebot mit dem billigsten Preis gelegt. Die Kostenschätzung des Generalplaners habe für die Errichtung der raumlufttechnischen Anlagen einen Preis von Euro 1.770.901,39 ergeben. Im Zuge der Angebotsprüfung habe sie festgestellt, dass die Angebote allesamt eine gravierende Überschreitung der vom Generalplaner erstellten Auftragswertschätzung aufwiesen. Die Auftragswertschätzung sei vom verantwortlichen Generalplaner fachkundig durchgeführt und mit gleichartigen Angeboten bzw. Leistungsverzeichnispositionen von Angeboten bei anderen Bauvorhaben verglichen worden. Die budgetäre Deckung, die sich an den Schätzkosten orientiert habe, sei nicht mehr gegeben. Die Ausschreibung sei aus diesem Grund widerrufen worden. Mit Fax vom 1. Dezember 2008 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin den Widerruf der Ausschreibung mitgeteilt. Wie sich aus den Materialien zur Regierungsvorlage ergebe, wollte der Gesetzgeber den Fall, dass die Angebotspreise trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz lägen, von Paragraph 139, Absatz eins, BVergG erfasst wissen. Der Begriff des sachlichen Grundes des Paragraph 139, Absatz 2, BVergG sei durch die europäische und nationale Rechtsprechung konkretisiert. Ein Widerruf sei demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die ausgeschriebene Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötige. Die Auftraggeberin habe Grund zur Annahme, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln. Die Neuerrichtung der KGW Salzburg erfolge innerhalb des mit der Universität Salzburg abgestimmten Kostenrahmens. Dieser sei im Ergebnis mit dem Finanzministerium abgestimmt mit der Vorgabe, dass darüber hinaus keine weiteren budgetären Mittel zur Verfügung stünden. Das Bauvorhaben müsse daher innerhalb der zugesagten budgetären Mittel abgewickelt werden. Die Auftraggeberin übernehme die komplette Vorfinanzierung des auf ihrer Liegenschaft errichteten Bauvorhabens und refinanziere es über die Mietzahlungen der Universität Salzburg. Da einer budgetären Überschreitung keine entsprechend höheren Mietzahlungen gegenüberstünden, sei die im gegenständlichen Fall vorliegende Nichtfinanzierbarkeit der Umsetzung der ausgeschriebenen Leistung mangels eines entsprechenden Budgets erfüllt und daher jedenfalls der Begriff des "sachlichen Grundes" sowie darüber hinausgehend die in den Materialien angeführte Fallkonstellation des Absatz eins,, die zwingend einen Widerruf der Ausschreibung nach sich zieht. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung sei lediglich anhand objektiver Gesichtspunkte vorzunehmen. Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit des Widerrufs sei daher nicht gegeben. Es gebe - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - keinen Rechtsanspruch auf Zuschlagserteilung. Die Antragstellerin verkenne völlig, dass der Widerruf deswegen erfolgt sei, da die budgetäre Deckung für die Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen in dieser Form nicht gegeben sei und daher eine Umplanung und Neuausschreibung der gegenständlichen Leistung erforderlich sei. Die Auftraggeberin habe unmittelbar nach Mitteilung der Widerrufsentscheidung den Generalplaner angewiesen, planerische Vorschläge darzulegen, die sicherstellten, dass das Bauvorhaben entsprechend dem vorliegenden freigegebenen Budget abgewickelt werden könnten. Der Generalplaner arbeite gemeinsam mit seinen Fachplanern noch an den notwendigen Umplanungen und der Erstellung eines neuen Leistungsverzeichnisses, habe jedoch in der letzten Besprechung bereits erste wesentliche Vorschläge mit Einsparungspotenzial präsentiert.

Zum Provisorialverfahren verwies die Auftraggeberin auf das Interesse an einer raschen Ausführung des gegenständlichen Bauvorhabens aufgrund akuter Raumproblematik der Universität. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung brächte angesichts der zum jetzigen Zeitpunkt und im Jahr 2009 fortgeschrittenen Bauarbeiten nicht mehr einzuholende Terminverzögerungen. Auch sei Rechtsschutz mit einstweiliger Verfügung nur dann zu gewähren, wenn das Vorbringen der Antragstellerin nach objektiven Gesichtspunkten überhaupt vermuten lassen könne, dass die Antragstellerin mit diesem Vorbringen durchdringen könne. Dies sei aber in diesem Fall nicht gegeben, da das Vorbringen der Antragstellerin weder die normierten Gesetzesvorgaben noch die gesicherte Rechtsprechung

berücksichtige, sondern vielmehr in offenes "Schutzvorbringen" in einem eben nicht durch die Gesetzeslage verankerten Bereich darstelle. Das öffentliche Interesse am Widerruf überwiege daher die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung.

Die Auftraggeberin beantragte, das Bundesvergabeamt möge sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück- bzw. abweisen.

Am 12. Dezember 2008, beim Bundesvergabeamt am 15. Dezember 2008 eingelangt, legte die Auftraggeberin die Tabelle mit den Schätzkosten vor.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. (offenes Firmenbuch zu FN 34.857 w)

Sie ist in mehrere Bereiche gegliedert. Einer dieser Bereiche ist "Planen & Bauen", der wieder in vier regionale Gliederungen geteilt ist. Eine dieser Gliederungen ist "Planen & Bauen - Region S, T, V". (amtliche Einsicht unter www.big.at)

Mit Verschmelzungsvertrag und Generalversammlungsbeschluss vom 6. August 2008 wurde die B*** (FN ***,***) als übertragender Gesellschaft mit der A*** (FN ***,*** *) als aufnehmender Gesellschaft verschmolzen. (offenes Firmenbuch zu FN ***,*** *)

Die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, Planen & Bauen - Region Salzburg, Tirol, Vorarlberg errichtet den Neubau der Kultur- und Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg. Der geschätzte Auftragswert dieses Bauvorhabens beträgt Euro 42.000.000. Im Zuge dieses Bauvorhabens kommt auch das Los "TGA Raumluftechnische Anlagen RLT" zur Ausführung. (Stellungnahme der Auftraggeberin) Sein geschätzter Auftragswert beträgt Euro 1.770.901,39. (Stellungnahme der Auftraggeberin, Kostenanschlag OZ 11)

Die Auftraggeberin veröffentlichte im Supplement zu Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 20. März 2007, 2007/S 55-067579, abgesandt am 16. März 2007, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-322027-7315, abgesandt am 16. März 2008, eine Vorinformation. Darin wird der Bauauftrag "5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau Kultur und gesellschaftswissenschaftliche Fakultät (KGW-Fakultät) Universität Salzburg" mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 33.000.000 und einem voraussichtlichen Beginn der Vergabeverfahren am 1. September 2007 angekündigt. (amtliche Einsicht unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 1. Juli 2008, 2008/S 125-166453, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-427237- 8624 bekanntgemacht. Beide Bekanntmachungen wurden am 26. Juli 2008 abgesandt. Der Auftrag ist als "5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau der Kultur- u. Gesellschaftswissenschaftlichen Fakultät (KGW-Fakultät) der Universität Salzburg, TGA Raumluftechnische Anlagen RLT." bezeichnet. Das Verfahren ist ein offenes Verfahren. Der Zuschlag sollte dem wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen erteilt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 30. Juli 2008, 11.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Angebotsöffnung in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin in Salzburg stattfinden. Bieter und ihre Bevollmächtigten durften bei der Angebotsöffnung anwesend sein. (amtliche Einsicht unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Die Zuschlagskriterien nach den Ausschreibungsunterlagen sind der Preis zu 98 % und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist zu 2 %. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Es wurden fünf Angebote abgegeben und im Zuge der Angebotsöffnung am 30. Juli 2008, 11.00 Uhr geöffnet. Die Antragstellerin gab mit einer Netto-Angebotssumme von Euro 2.846.773,78 das billigste Angebot ab. Ein Vertreter der Antragstellerin war bei der Angebotsöffnung anwesend. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin ließ durch ein beauftragtes Architekturbüro eine Angebotsprüfung vornehmen. Es wurde bisher keine Zuschlagsentscheidung getroffen und bekanntgegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 1. Dezember 2008 gab die Auftraggeberin allen Bietern per Telefax die Widerrufsentscheidung bekannt. Darin führte sie aus:

"Es ist beabsichtigt, die Ausschreibung 5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau KGW-Fakultät der Universität

Salzburg, TGA Raumluftechnische Anlagen RLT, zu widerrufen, die die Angebotspreise generell trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung wesentlich über den Schätzkosten liegen und daher die budgetäre Deckung, die sich an den Schätzkosten orientierte, fehlt. Die Stillhaltefrist gemäß § 140 BVergG 2006 endet am 15.12.2008" (Stellungnahme der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)"Es ist beabsichtigt, die Ausschreibung 5020 Salzburg, Erzabt Klotz Str. 1, Neubau KGW-Fakultät der Universität Salzburg, TGA Raumluftechnische Anlagen RLT, zu widerrufen, die die Angebotspreise generell trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung wesentlich über den Schätzkosten liegen und daher die budgetäre Deckung, die sich an den Schätzkosten orientierte, fehlt. Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 140, BVergG 2006 endet am 15.12.2008" (Stellungnahme der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte insgesamt Euro 7.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

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 Bundesimmobiliengesellschaft mbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12.6.2001, B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25.9.2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21.6.2004, B 433/02, VfSlg 17.229; VfGH 7.3.2006, B 1417/03; BVA 19.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; BVA 6.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 1 iVm Anh I Klasse 45.33 BVergG. 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 Bundesimmobiliengesellschaft mbH. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ständige Rechtsprechung zB VfGH 12.6.2001, B 2600/97, VfSlg 16166; VfGH 25.9.2001, B 752/99, VfSlg 16.266; VfGH 21.6.2004, B 433/02, VfSlg 17.229; VfGH 7.3.2006, B 1417/03; BVA 19.6.2008, N/0060-BVA/08/2008-21; BVA 6.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, in Verbindung mit Anh römisch eins Klasse 45.33 BVergG. 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 12. Dezember 2008, OZ 10, 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 12. Dezember 2008, OZ 10, 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.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen - zusammengefasst - im Erhalt des Auftrags. Würde die Auftraggeberin den Widerruf erklären, würde der geltend gemachte Schaden eintreten. Allfällige Schadenersatzansprüche könnten den Erhalt des Auftrags nicht aufwiegen.

Die Auftraggeberin macht die Raumproblematik der Universität Salzburg, die Chancenlosigkeit des Nachprüfungsantrags und die Verzögerung des Bauvorhabens geltend.

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 Erklärung des Widerrufs 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 Erklärung des Widerrufs 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 Erklärung des Widerrufs 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 Erklärung des Widerrufs 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.

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). 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).

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Bei beabsichtigter Erklärung des Widerrufs durch den Auftraggeber ist dies dessen vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird. Die Klärung der Rechtsfrage des Hauptverfahrens kann im Provisorialverfahren nicht abschließend erfolgen. Die Beurteilung der Chancen des Hauptantrags kann daher nur mit größter Zurückhaltung und unter Beachtung der verfahrensrechtlichen Garantien erfolgen. Insgesamt überwiegen daher unter Berücksichtigung

öffentlicher Interesse die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung jene der Auftraggeberin an deren Unterbleiben.

Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Erklärung des Widerrufs wäre, stellt die Untersagung der Erklärung des Widerrufs ein geeignetes Mittel dar, um das Nachprüfungsverfahren zu sichern. Es ist in diesem Zusammenhang auch das einzige zum Ziel führende Mittel. Da die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin im Übrigen nicht beschränkt wird, stellt es auch das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs 2 BVergG dar. Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Erklärung des Widerrufs wäre, stellt die Untersagung der Erklärung des Widerrufs ein geeignetes Mittel dar, um das Nachprüfungsverfahren zu sichern. Es ist in diesem Zusammenhang auch das einzige zum Ziel führende Mittel. Da die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin im Übrigen nicht beschränkt wird, stellt es auch das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG dar.

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 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;

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;

siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4).

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG wird gesondert abgesprochen werden. Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG wird gesondert abgesprochen werden.

Zuletzt aktualisiert am

25.02.2009

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