

TE Verg Bescheid 2008/11/7 N/0139-BVA/05/2008-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.11.2008

Norm

BVergG 2006 §312 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

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 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Arbeitsmarkt-service Österreich wie

folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idgF (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" des Arbeitsmarkt-service Österreich wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag vom 30. Oktober 2008 der A***, vertreten durch X*** auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung,

"mit welcher die Nichtzulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren ausgesetzt wird und der Auftraggeberin untersagt wird, den Widerruf des antragsgegenständlichen Vergabeverfahrens zu erklären. Diese einstweilige Verfügung wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von sechs Wochen begehrt", wird insofern

stattgegeben,

als dem AMS Österreich, Treustraße 35-43, 1020 Wien als Auftraggeber im Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" für die Dauer des zu N/0139-BVA/05/2008 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 15. Dezember 2008 untersagt wird, den Widerruf dieses Vergabeverfahrens zu erklären.

Ein darüber hinausgehendes Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 326, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF (BVerG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz eins und 2 Ziffer eins, 326, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idgF (BVerG)

Begründung

Mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2008 (eingelangt im Bundesvergabeamt am 31. Oktober 2008) beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, neben einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidungen, sie zur weiteren Teilnahme am Verhandlungsverfahren nicht zuzulassen bzw. das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichen zusammengefasst – sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz – damit, dass der Auftraggeber die Dienstleistung bezüglich Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich EU-weit ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen ordnungsgemäßen Teilnahmeantrag gestellt und eine ausreichende Zahl an Referenzprojekten nachgewiesen. Mit Telefax vom 24. Oktober 2008 habe die vergebende Stelle der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nicht zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zugelassen werde und dass das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVerG widerrufen werde, da nach Prüfung der Teilnahmeanträge nur ein einziger Bieter die Präqualifikationserfordernisse erfülle. Die Antragstellerin habe geforderte Referenzen nicht nachgewiesen. Der Auftraggeber beabsichtige – sofern kein Vergabekontrollverfahren eingeleitet werde – das Vergabeverfahren erneut durch Versendung einer neuerlichen EU-weiten Bekanntmachung in KW 46 einzuleiten. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und die Antragsvoraussetzungen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien gegeben. Bei vergaberechtskonformer Prüfung ihres Teilnahmeantrages samt vorgelegter Referenzen müsste der Auftraggeber zur Auffassung gelangen, dass die Antragstellerin die geforderten Referenzen vorgelegt habe und daher zur Legung eines Angebotes einzuladen sei. Somit würde mehr als ein Bewerber im Vergabeverfahren verbleiben und ein Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVerG wäre nicht zulässig. Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber durch die Nichtzulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren und durch die Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffe, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVerG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Der Widerruf sei ohne die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens möglich und stehe unmittelbar bevor. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss mehrfach unter Beweis gestellt. Zum bereits eingetretenen bzw. drohenden Schaden führt die Antragstellerin aus, dass der Antragstellerin der Entgang des Auftrages, sohin der Entgang von Gewinn, Frustration der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden

Vergabeverfahren und der Entgang eines Referenzprojektes entstünden. Jedenfalls entstünden bei Widerruf des Vergabeverfahrens und der Durchführung eines weiteren Vergabeverfahrens die neuen Kosten für die Erstellung eines neuen Teilnahmeantrages. Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichen zusammengefasst – sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz – damit, dass der Auftraggeber die Dienstleistung bezüglich Steuerung, Koordination und Erbringung von IT-Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich EU-weit ausgeschrieben habe. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen ordnungsgemäßen Teilnahmeantrag gestellt und eine ausreichende Zahl an Referenzprojekten nachgewiesen. Mit Telefax vom 24. Oktober 2008 habe die vergebende Stelle der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nicht zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zugelassen werde und dass das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG widerrufen werde, da nach Prüfung der Teilnahmeanträge nur ein einziger Bieter die Präqualifikationserfordernisse erfülle. Die Antragstellerin habe geforderte Referenzen nicht nachgewiesen. Der Auftraggeber beabsichtige – sofern kein Vergabekontrollverfahren eingeleitet werde – das Vergabeverfahren erneut durch Versendung einer neuerlichen EU-weiten Bekanntmachung in KW 46 einzuleiten. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und die Antragsvoraussetzungen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien gegeben. Bei vergaberechtskonformer Prüfung ihres Teilnahmeantrages samt vorgelegter Referenzen müsste der Auftraggeber zur Auffassung gelangen, dass die Antragstellerin die geforderten Referenzen vorgelegt habe und daher zur Legung eines Angebotes einzuladen sei. Somit würde mehr als ein Bewerber im Vergabeverfahren verbleiben und ein Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG wäre nicht zulässig. Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber durch die Nichtzulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren und durch die Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffe, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Der Widerruf sei ohne die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens möglich und stehe unmittelbar bevor. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss mehrfach unter Beweis gestellt. Zum bereits eingetretenen bzw. drohenden Schaden führt die Antragstellerin aus, dass der Antragstellerin der Entgang des Auftrages, sohin der Entgang von Gewinn, Frustration der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Vergabeverfahren und der Entgang eines Referenzprojektes entstünden. Jedenfalls entstünden bei Widerruf des Vergabeverfahrens und der Durchführung eines weiteren Vergabeverfahrens die neuen Kosten für die Erstellung eines neuen Teilnahmeantrages.

Das AMS Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien (Auftraggeber), vertreten durch Y*** (gleichzeitig auch vergebende Stelle im Vergabeverfahren) hat mit Schriftsatz vom 5. November 2008 angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben und gab bekannt, dass aus ihrer Sicht keine Einwände gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprächen. Dem Auftraggeber seien keine Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens vor Klärung der strittigen Rechtsfragen bekannt.

Auf der Grundlage der Stellungnahme der Antragstellerin vom 30. Oktober 2008 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 2) und der Stellungnahme des Auftraggebers vom 5. November 2008 (OZ 5) und den dem Bundesvergabeamt am 5. November 2008 vorgelegten Originalunterlagen des Vergabeverfahrens wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" ein Verhandlungsverfahren gemäß § 25 Abs. 5 BVergG (Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich) durch. Der Auftraggeber führt unter der Bezeichnung "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG (Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich) durch.

Die Antragstellerin hat im Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag gestellt.

Das Vergabeverfahren befindet sich nach Öffnung der Teilnahmeanträge im Stadium der Prüfung der eingelangten Teilnahmeanträge, wobei der Auftraggeber die nunmehr angefochtenen Entscheidungen, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen und das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG zu widerrufen, da nur ein Bewerber nach Abschluss der Prüfung der Präqualifikationen im Vergabeverfahren verblieb, getroffen hat. Die Stillhaltefrist für den beabsichtigten Widerruf endet unter Berücksichtigung von § 56 Abs. 3 BVergG am 7. November 2008 um 24.00 Uhr. Das Vergabeverfahren befindet sich nach Öffnung der Teilnahmeanträge im Stadium der Prüfung

der eingelangten Teilnahmeanträge, wobei der Auftraggeber die nunmehr angefochtenen Entscheidungen, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen und das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu widerrufen, da nur ein Bewerber nach Abschluss der Prüfung der Präqualifikationen im Vergabeverfahren verblieb, getroffen hat. Die Stillhaltefrist für den beabsichtigten Widerruf endet unter Berücksichtigung von Paragraph 56, Absatz 3, BVergG am 7. November 2008 um 24.00 Uhr.

Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von gesamt Euro 2.400.-- entrichtet.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Parteien und den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Widersprüchlichkeiten dazu liegen keine vor.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Das Arbeitsmarktservice Österreich ist unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 3 Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl. 133/1995 idGF. öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. auch BVA vom 9. Februar 2004, 10N-137/03-20, vom 3. September 2004, 10N- 57/04-37, vom 17. Jänner 2005, 10N-130/04-19, vom 23. Februar 2005, 10N-134/04-22, vom 8. September 2006, N/0070-BVA/05/2006-24 oder zuletzt vom 14. März 2008, N/0014-BVA/09/2008-28). Die Antragstellerin hat am 31. Oktober 2008 die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 24. Oktober 2008 mitgeteilten Entscheidungen, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen sowie das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen (Widerrufsentscheidung) beantragt. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG. Das Arbeitsmarktservice Österreich ist unter Berücksichtigung von Paragraph eins, Absatz 3, Arbeitsmarktservicegesetz, Bundesgesetzblatt 133 aus 1995, idGF. öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche auch BVA vom 9. Februar 2004, 10N-137/03-20, vom 3. September 2004, 10N- 57/04-37, vom 17. Jänner 2005, 10N-130/04-19, vom 23. Februar 2005, 10N-134/04-22, vom 8. September 2006, N/0070-BVA/05/2006-24 oder zuletzt vom 14. März 2008, N/0014-BVA/09/2008-28). Die Antragstellerin hat am 31. Oktober 2008 die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax am 24. Oktober 2008 mitgeteilten Entscheidungen, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen sowie das Vergabeverfahren widerrufen zu wollen (Widerrufsentscheidung) beantragt. Dabei handelt es sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG.

Der Antrag auf Nichtigerklärung ist unter Berücksichtigung von §§ 140 Abs. 4 Z 5 und 321 Abs. 1 Z 4 und 7 BVergG rechtzeitig. Das Vergabeverfahren wurde (noch) nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Der Antrag auf Nichtigerklärung ist unter Berücksichtigung von Paragraphen 140, Absatz 4, Ziffer 5 und 321 Absatz eins, Ziffer 4 und 7 BVergG rechtzeitig. Das Vergabeverfahren wurde (noch) nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein

Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabesamtes 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 eins, BVergG hat das Bundesvergabesamt 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 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabesamtes 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.

Der einer Widerrufsentscheidung logisch folgende nächste Schritt in einem Vergabeverfahren ist der Widerruf des Vergabeverfahrens nach Ablauf der Stillhaltefrist gemäß § 140 Abs. 3 BVergG. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren obsiegt. Die Prüfung, entsprechende Erörterung und Entscheidung ist dem Hauptverfahren vorbehalten. Würde dem Auftraggeber freigestellt bleiben auch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens den Widerruf des Vergabeverfahrens zu verfügen, würde das bedeuten, dass dieser Widerruf – nach Ablauf der Stillhaltefrist - jederzeit eintreten könnte. Damit wäre es dann – mangels Zuständigkeit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG – dem Bundesvergabesamt in weiterer Folge verwehrt, in diesem Nachprüfungsverfahren zu einer Entscheidung zu gelangen. Jedenfalls droht der Antragstellerin die Schädigung ihrer Interessen dadurch, dass sie mit zusätzlichen Kosten für die Erstellung eines neuerlichen Teilnahmeantrages in einem weiteren Vergabeverfahren zu rechnen hätte. Damit geht jedoch nicht eine drohende Frustration weiterer Kosten oder der Entgang des Auftrages oder eines zusätzlichen Referenzprojektes einher. In einem neuen Vergabeverfahren sind die diesbezüglichen Möglichkeiten weiterhin intakt und können daher nicht im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren oder im Provisorialverfahren als geltend gemachter oder drohender Schaden angeführt werden. Der einer Widerrufsentscheidung logisch folgende nächste Schritt in einem Vergabeverfahren ist der Widerruf des Vergabeverfahrens nach Ablauf der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 140, Absatz 3, BVergG. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren obsiegt. Die Prüfung, entsprechende Erörterung und Entscheidung ist dem Hauptverfahren vorbehalten. Würde dem Auftraggeber freigestellt bleiben auch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens den Widerruf des Vergabeverfahrens zu verfügen, würde das bedeuten, dass dieser Widerruf – nach Ablauf der Stillhaltefrist - jederzeit eintreten könnte. Damit wäre es dann – mangels Zuständigkeit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG – dem Bundesvergabesamt in weiterer Folge verwehrt, in diesem Nachprüfungsverfahren zu einer Entscheidung zu gelangen. Jedenfalls droht der Antragstellerin die Schädigung ihrer Interessen dadurch, dass sie mit zusätzlichen Kosten für die Erstellung eines neuerlichen Teilnahmeantrages in einem weiteren Vergabeverfahren zu rechnen hätte. Damit geht jedoch nicht eine drohende Frustration weiterer Kosten oder der Entgang des Auftrages oder eines zusätzlichen Referenzprojektes einher. In einem neuen Vergabeverfahren sind die diesbezüglichen Möglichkeiten weiterhin intakt und können daher nicht im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren oder im Provisorialverfahren als geltend gemachter oder drohender Schaden angeführt werden.

Das bedeutet, dass nur mit der Untersagung der Erklärung des Widerrufs durch den Auftraggeber im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten werden kann, das es dem Bundesvergabesamt ermöglicht über den eingebrachten Nachprüfungsantrag zu entscheiden. Daher war dem diesbezüglichen Antragsbegehren unter Berücksichtigung der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme zu entsprechen.

Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung im beantragten Umfang ausgesprochen. Auch der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende sieht keine in § 329 Abs. 1 BVergG enthaltenen Gründe, die gegen eine vorläufige Untersagung der Erklärung des Widerrufs durch den Auftraggeber sprechen. Andere

Bewerber, die im Vergabeverfahren auch nicht zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen wurden, können ebenfalls einen entsprechenden Nachprüfungsantrag stellen und jener Bewerber, der zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen wurde, kann durch eine vorläufige Untersagung des Widerrufs nicht beschwert sein, zumal es in seinem Interesse sein muss, dass ein Vergabeverfahren, in dem er einen Teilnahmeantrag gestellt hat, auch fortgesetzt wird. Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung im beantragten Umfang ausgesprochen. Auch der zur Entscheidung berufene Senatsvorsitzende sieht keine in Paragraph 329, Absatz eins, BVergG enthaltenen Gründe, die gegen eine vorläufige Untersagung der Erklärung des Widerrufs durch den Auftraggeber sprechen. Andere Bewerber, die im Vergabeverfahren auch nicht zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen wurden, können ebenfalls einen entsprechenden Nachprüfungsantrag stellen und jener Bewerber, der zur weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen wurde, kann durch eine vorläufige Untersagung des Widerrufs nicht beschwert sein, zumal es in seinem Interesse sein muss, dass ein Vergabeverfahren, in dem er einen Teilnahmeantrag gestellt hat, auch fortgesetzt wird.

Wenn die Antragstellerin auch die Aussetzung der angefochtenen Entscheidung, sie nicht zum weiteren Teilnahme am Verhandlungsverfahren zuzulassen, im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, so ist diese Maßnahme auch unter Berücksichtigung der jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme gemäß § 329 Abs. 2 BVergG zu betrachten. Warum diese Auftraggeberentscheidung ausgesetzt werden soll und welche nachteiligen Folgen sich ergeben, wenn das Bundesvergabeamt diese Maßnahme im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung unterlässt, ist nicht erkennbar. Das Bundesvergabeamt hat zuletzt wiederholend entschieden, dass eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist (siehe zuletzt BVA vom 21. Oktober 2008, N/0130-BVA/11/2008-EV9: "Was die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie des Vergabeverfahrens betrifft, so waren diese Mehrbegehren einerseits aus dem Grund abzuweisen, als die Zuschlagsentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist und andererseits gemäß § 328 Abs. 5 BVergG Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages begehren, ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag ohnehin aufschiebende Wirkung zukommt."). Auch bei der Auftraggeberentscheidung, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, handelt es sich um eine abgeschlossene Entscheidung bzw. Handlung. Die logische Konsequenz ist, dass somit auch diese Auftraggeberentscheidung einer Aussetzung nicht zugänglich ist und somit im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht erwirkt werden kann. Darüber hinaus – wenn man davon ausgehen sollte, dass eine Aussetzung dennoch rechtlich möglich wäre – würde ein Antragsteller bei einer Aussetzung einer Auftraggeberentscheidung sich der Möglichkeit berauben, dass ein Auftraggeber von sich aus einsieht, dass eine angefochtene Auftraggeberentscheidung nicht vergaberechtskonform ist und diese von sich aus zurücknimmt. Dadurch würde er auf eine Verfahrensbeschleunigung, die einem Auftraggeber als auch einem Auftragnehmer gleichermaßen zugute kommen kann, verzichten. Wenn die Antragstellerin auch die Aussetzung der angefochtenen Entscheidung, sie nicht zum weiteren Teilnahme am Verhandlungsverfahren zuzulassen, im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, so ist diese Maßnahme auch unter Berücksichtigung der jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG zu betrachten. Warum diese Auftraggeberentscheidung ausgesetzt werden soll und welche nachteiligen Folgen sich ergeben, wenn das Bundesvergabeamt diese Maßnahme im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung unterlässt, ist nicht erkennbar. Das Bundesvergabeamt hat zuletzt wiederholend entschieden, dass eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist (siehe zuletzt BVA vom 21. Oktober 2008, N/0130-BVA/11/2008-EV9: "Was die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie des Vergabeverfahrens betrifft, so waren diese Mehrbegehren einerseits aus dem Grund abzuweisen, als die Zuschlagsentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist und andererseits gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages begehren, ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag ohnehin aufschiebende Wirkung zukommt."). Auch bei der Auftraggeberentscheidung, die Antragstellerin nicht zum weiteren Vergabeverfahren zuzulassen, handelt es sich um eine abgeschlossene Entscheidung bzw. Handlung. Die logische Konsequenz ist, dass somit auch diese Auftraggeberentscheidung einer Aussetzung nicht zugänglich ist und somit im Rahmen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht erwirkt werden kann. Darüber hinaus – wenn man davon ausgehen sollte, dass eine Aussetzung dennoch rechtlich möglich wäre – würde ein Antragsteller bei einer Aussetzung einer

Auftraggeberentscheidung sich der Möglichkeit berauben, dass ein Auftraggeber von sich aus einsieht, dass eine angefochtene Auftraggeberentscheidung nicht vergaberechtskonform ist und diese von sich aus zurücknimmt. Dadurch würde er auf eine Verfahrensbeschleunigung, die einem Auftraggeber als auch einem Auftragnehmer gleichermaßen zugute kommen kann, verzichten.

Die Dauer der vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung wurde unter Hinweis auf § 326 BVergG mit sechs Wochen beschränkt. Die Dauer der vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung wurde unter Hinweis auf Paragraph 326, BVergG mit sechs Wochen beschränkt.

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