

TE Verg Bescheid 2008/10/24 N/0134-BVA/06/2008-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.10.2008

Norm

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006(BVergG),BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "S4 Mattersburger Schnellstraße; Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006(BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die Vorsitzende des Senates 6, Mag. Kristina Hofer, als einzelnes Mitglied, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz

2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "S4 Mattersburger Schnellstraße; Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***,

2. B***, vertreten durch X***, vom 21. Oktober 2008 wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge dem Begehren der Antragstellerin stattgeben und mit einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagen", wird stattgegeben. Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren "S4 Mattersburger Schnellstraße; Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs 2 Z 1, 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer eins, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Antrag vom 21. Oktober 2008 das im Spruch ersichtliche Begehren verbunden mit Anträgen auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz. Überdies beehrte sie, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären". Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft führe ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich mit dem Ausschreibungsgegenstand "Sicherheitsausbau S4, Mattersburger Schnellstraße von Knoten Mattersburg – Sigleß (km 0,800 – 3,600) durch nördliche Verbreiterung des Straßenquerschnitts sowie Sanierung der bestehenden Fahrbahn" durch. Der Bauauftrag sei dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Die Vergabe solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Der Leistungsgegenstand sei durch besonders komplexe Straßenbau- und Asphaltierungsarbeiten gekennzeichnet. Zum einen seien die Arbeiten im "Echtbetrieb" der zum überrangigen Straßennetz zählenden S4 unter Aufrechterhaltung des Verkehrs mit fünf verschiedenen Verkehrsleitungsphasen durchzuführen.

Zum anderen handle es sich um technisch hochwertige Asphaltierungsarbeiten, bei denen der Einbau des Mischguts sehr schwierig sei. Weiters müsse ein besonderer Splitt verwendet werden, der oberflächlich aufzutragen und danach einzuwalzen sei. Hierfür seien ein Asphaltdeckenfertiger mit Raupenfahrwerk (allenfalls auch Kettenfahrwerk), mindestens zwei bis drei Asphaltwalzen sowie ein Abstreugerät für Splitt erforderlich. Für diese Geräte sei eine Investition von mind. € XXX erforderlich. Zum anderen handle es sich um technisch hochwertige Asphaltierungsarbeiten, bei denen der Einbau des Mischguts sehr schwierig sei. Weiters müsse ein besonderer Splitt verwendet werden, der oberflächlich aufzutragen und danach einzuwalzen sei. Hierfür seien ein Asphaltdeckenfertiger mit Raupenfahrwerk (allenfalls auch Kettenfahrwerk), mindestens zwei bis drei Asphaltwalzen sowie ein Abstreugerät für Splitt erforderlich. Für diese Geräte sei eine Investition von mind. € römisch 30 erforderlich.

Die Antragstellerin habe sich an diesem Vergabeverfahren durch fristgerechte Übermittlung eines ausschreibungskonformen Angebotes beteiligt. Am 15. Oktober 2008 sei ihr per Telefax der vergebenden Stelle, der ASFINAG Bau Management GmbH, die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D***, bekannt gegeben worden. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richte sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mangels wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen wäre. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht in der Lage, die auftragsgegenständlichen Asphaltierungsarbeiten mit eigenem Personal und eigenen Geräten durchzuführen. Auch in der Vergangenheit habe sie meistens auf Subunternehmer zurückgegriffen. Derart komplexe Asphaltierungsarbeiten habe die D*** überhaupt noch nie ausgeführt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin könne folglich keinen "spartenspezifischen" Umsatz aus selbst erbrachten Leistungen und in weiterer Folge keine einschlägigen Referenzen iSd Ausschreibungsunterlage vorweisen. Fraglich sei überdies, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot überhaupt geeignete Subunternehmer benannt und die für diese geforderten Nachweise und Erklärungen

mit dem Angebot vorgelegt habe. Die Vorlage eines Gerätemietvertrages alleine würde nach Ansicht der Antragstellerin zum Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht ausreichen, da der präsuntiven Zuschlagsempfängerin das Personal für die ausgeschriebenen Asphaltierungsarbeiten fehle und eine nachträgliche Einstellung solchen Personals nicht zulässig sei, zumal die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse.

Die Antragstellerin gehe sohin davon aus, dass das Angebot der D*** auszuschneiden gewesen wäre, sodass sich die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig erweise. Sofern die Auftraggeberin im Zuge der Bestbieterermittlung die Nachweise nicht verlangt haben sollte, liege der Vergabeverstoß im Unterlassen einer hinreichenden Angebotsprüfung. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die Auftraggeberin zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, weswegen die Rechtswidrigkeit der Entscheidung von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sei. Das Interesse am Vertragsabschluss werde durch die Abgabe eines Angebotes und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ausreichend glaubhaft dargelegt. Aufgrund der beabsichtigten Zuschlagserteilung drohe der Antragstellerin ein Schaden, der sich einerseits im Gesamtaufwand für die Angebotserstellung in der Höhe von rund € XXX und den Rechtsberatungskosten von vorläufig mindestens € XXX manifestiere. Andererseits habe der gegenständliche Auftrag besonderen Wert als Referenzauftrag für zukünftige Bewerbungen. Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Beachtung des vergaberechtlichen Grundsatzes, dass die Vergabe nur an geeignete Unternehmer erfolgen darf, auf Ausscheiden des Angebotes eines Bieters, dessen wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist sowie auf Fassung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt. Nur durch Untersagung der Zuschlagserteilung könne das Verfahren in einem Stand gehalten werden, der eine spätere Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und die Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich, weshalb die Nachteile der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen sollten, dies insbesondere auch aufgrund der von der Auftraggeberin flexibel gestalteten Bauzeit. Die Antragstellerin gehe sohin davon aus, dass das Angebot der D*** auszuschneiden gewesen wäre, sodass sich die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig erweise. Sofern die Auftraggeberin im Zuge der Bestbieterermittlung die Nachweise nicht verlangt haben sollte, liege der Vergabeverstoß im Unterlassen einer hinreichenden Angebotsprüfung. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die Auftraggeberin zu einem anderen Ergebnis kommen müssen, weswegen die Rechtswidrigkeit der Entscheidung von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens sei. Das Interesse am Vertragsabschluss werde durch die Abgabe eines Angebotes und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ausreichend glaubhaft dargelegt. Aufgrund der beabsichtigten Zuschlagserteilung drohe der Antragstellerin ein Schaden, der sich einerseits im Gesamtaufwand für die Angebotserstellung in der Höhe von rund € römisch 30 und den Rechtsberatungskosten von vorläufig mindestens € römisch 30 manifestiere. Andererseits habe der gegenständliche Auftrag besonderen Wert als Referenzauftrag für zukünftige Bewerbungen. Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Beachtung des vergaberechtlichen Grundsatzes, dass die Vergabe nur an geeignete Unternehmer erfolgen darf, auf Ausscheiden des Angebotes eines Bieters, dessen wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist sowie auf Fassung der Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt. Nur durch Untersagung der Zuschlagserteilung könne das Verfahren in einem Stand gehalten werden, der eine spätere Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und die Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich, weshalb die Nachteile der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen sollten, dies insbesondere auch aufgrund der von der Auftraggeberin flexibel gestalteten Bauzeit.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft übermittelte am 23. Oktober 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeberin sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung -Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG bzw. Auftraggeberin), vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handle sich um einen im Unterschwellenbereich anzusiedelnden Bauauftrag (CPV-Code 45233000/Y038), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage € XXX. Die Zuschlagsentscheidung sei am 15. Oktober 2008 mittels Fax der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, der D***, sowie den übrigen Bietern bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei weder widerrufen worden noch sei der Zuschlag erteilt worden. Im Übrigen wurden keine der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehende Interessen bekannt gegeben. Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf Bezug nehmenden Beilagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt: Die gegenständliche Leistung "S4 Mattersburger Schnellstraße, Sicherheitsausbau Knoten

Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" wurde im August 2008 im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-439275-8825). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft übermittelte am 23. Oktober 2008 die angefragten allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeberin sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung -Aktiengesellschaft (in der Folge ASFINAG bzw. Auftraggeberin), vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handle sich um einen im Unterschwellenbereich anzusetzenden Bauauftrag (CPV-Code 45233000/Y038), der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert betrage € römisch 30 . Die Zuschlagsentscheidung sei am 15. Oktober 2008 mittels Fax der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der D***, sowie den übrigen Bietern bekannt gegeben worden. Das Verfahren sei weder widerrufen worden noch sei der Zuschlag erteilt worden. Im Übrigen wurden keine der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehende Interessen bekannt gegeben. Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der darauf Bezug nehmenden Beilagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt: Die gegenständliche Leistung "S4 Mattersburger Schnellstraße, Sicherheitsausbau Knoten Mattersburg – Sigleß, km 0,800 – 3,600" wurde im August 2008 im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben (Amtlicher Lieferanzeiger L-439275-8825).

Auftraggeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handelt sich laut Angaben der Auftraggeberin um einen Bauauftrag, CPV-Code 45233000/Y038. Der geschätzte Auftragswert beträgt € XXX (exkl. USt.). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 18. September 2008, 11.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Mit Telefax vom 15. Oktober 2008 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D*** dieser und den übrigen Bietern bekannt gegeben. Diese Mitteilung langte bei der von der Auftraggeberin nicht ausgeschiedenen und an zweite Stelle gereihten Antragstellerin am 15. Oktober 2008 ein. Auftraggeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vergebende Stelle die ASFINAG Bau Management GmbH. Es handelt sich laut Angaben der Auftraggeberin um einen Bauauftrag, CPV-Code 45233000/Y038. Der geschätzte Auftragswert beträgt € römisch 30 (exkl. USt.). Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 18. September 2008, 11.00 Uhr, vorgesehen. Die Öffnung der Angebote erfolgte am selben Tag. Mit Telefax vom 15. Oktober 2008 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der D*** dieser und den übrigen Bietern bekannt gegeben. Diese Mitteilung langte bei der von der Auftraggeberin nicht ausgeschiedenen und an zweite Stelle gereihten Antragstellerin am 15. Oktober 2008 ein.

Am 21. Oktober 2008 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag ein. Entsprechend den Informationen der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien und den bislang von diesen vorgelegten Unterlagen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG zu qualifizieren, der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin € XXX (exkl. USt), sodass es sich gemäß § 12 Abs 1 BVergG um einen Auftrag im Unterschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren, der in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin € römisch 30 (exkl. USt), sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG um einen Auftrag im Unterschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006.

Zufolge den Informationen der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung entsprechend § 291 Abs 2 iVm § 312 Abs 2 Z 1 BVergG gegeben ist. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten

offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG sind als erfüllt anzusehen. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbare Entscheidung "Zuschlagsentscheidung" gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 5 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet. Zuzugleichen den Informationen der Auftraggeberin wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen, weswegen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung entsprechend Paragraph 291, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG gegeben ist. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind als erfüllt anzusehen. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbare Entscheidung "Zuschlagsentscheidung" gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG). Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 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 2006 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. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 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 329, Absatz eins, BVergG 2006 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 2006 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. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Entscheidung vom 21. Oktober 2008, den Zuschlag an die D*** erteilen zu wollen, behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nur insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann (siehe ua BVA vom 30. Oktober 2001, N-106/01-8). Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptungen der Antragstellerin erscheinen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin monierte Rechtswidrigkeit zutrifft und dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommt, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des gegenständlichen

Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Die Sicherung dieses möglicherweise bestehenden Anspruches erfordert daher, dass das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der diese Entscheidung nicht ins Leere laufen lässt und die grundsätzliche Möglichkeit der Zuschlagserteilung im Rahmen eines den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens an die Antragstellerin wahrt. 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 2006 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. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Entscheidung vom 21. Oktober 2008, den Zuschlag an die D*** erteilen zu wollen, behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist nur insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann (siehe ua BVA vom 30. Oktober 2001, N-106/01-8). Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptungen der Antragstellerin erscheinen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin monierte Rechtswidrigkeit zutrifft und dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommt, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des gegenständlichen Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Die Sicherung dieses möglicherweise bestehenden Anspruches erfordert daher, dass das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der diese Entscheidung nicht ins Leere laufen lässt und die grundsätzliche Möglichkeit der Zuschlagserteilung im Rahmen eines den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechenden Vergabeverfahrens an die Antragstellerin wahrt.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf die – zahlenmäßig konkretisierten - frustrierten Angebotslegungs- und Rechtsberatungskosten und auf den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach stellt sich dieser Schaden als plausibel und nachvollziehbar dar. Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin auf die – zahlenmäßig konkretisierten - frustrierten Angebotslegungs- und Rechtsberatungskosten und auf den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes verweist. Sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach stellt sich dieser Schaden als plausibel und nachvollziehbar dar.

Demgegenüber hat die Auftraggeberin davon abgesehen, ihrerseits gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Im Sinne der ständigen Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa BVA vom 9. Jänner 2004, 10N-3/04-4; BVA vom 11. Dezember 2006, N/0100-BVA/02/2006-10 mwN). Der Senatsvorsitzenden sind überdies keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung sprechen würde, bekannt. Im Übrigen ist im Rahmen der Interessenabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären – durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden – Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua;

EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen. Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt wird. Diese Sicherungsmaßnahme ist notwendig, um

allfälligen (weiteren) Schaden von der Antragstellerin abwenden zu können. Sie bildet die gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme gemäß § 329 Abs 2 BVergGEuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen. Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt wird. Diese Sicherungsmaßnahme ist notwendig, um allfälligen (weiteren) Schaden von der Antragstellerin abwenden zu können. Sie bildet die gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2009

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