

TE Verg Bescheid 2008/7/7 N/0075-BVA/07/2008-10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.07.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 7, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "AP-058 Möbel 2 - VIE-Skylink Terminal Nord-Ost" des Auftraggebers Flughafen Wien Aktiengesellschaft, A-1300 Wien-Flughafen, Postfach 1, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30.6.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 7, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "AP-058 Möbel 2 - VIE-Skylink Terminal Nord-Ost" des Auftraggebers Flughafen Wien Aktiengesellschaft, A-1300 Wien-Flughafen, Postfach 1, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 30.6.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin Flughafen Wien AG, vertreten durch die ausschreibende Stelle ARGE Projektsteuerung VIE Skylink B***/C***, mittels einstweiliger Verfügung bis zur

Entscheidung über den Nachprüfungsantrag in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlags untersagen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Flughafen Wien AG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 11. August 2008 untersagt wird, betreffend Los 1 (Sondermöbel) der Auftragsvergabe "AP-058 Möbel 2 - VIE-Skylink Terminal Nord-Ost", den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die A***, vertreten durch X***, (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 30.6.2008 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Darüber hinaus wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für das Los 1 (Sondermöbel) der gegenständlichen Auftragsvergabe, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In ihrem Schriftsatz vom 30.6.2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber Flughafen Wien AG, vertreten durch die ausschreibende Stelle ARGE Projektsteuerung VIE Skylink B*** /C*** die beabsichtigte Vergabe eines Bauauftrages im Sektoren-Oberschwellenbereich am 24.11.2007 zu Zahl 2007/S 227-277212, im Supplement zum Amtsblatt der EG bekannt gemacht habe. Gegenstand der Ausschreibung sei das Ausschreibungspaket "AP-058 - Möbel 2" für das Projekt "VIE-Skylink Terminalerweiterung Nord-Ost". Leistungsgegenstand sei die Herstellung und Montage von Wartebereichsstühlen und Sondermöbeln. Der Auftrag bestehe aus zwei Losen, wobei die Möglichkeit einer Teilvergabe vorgesehen sei. Das im gegenständlichen Zusammenhang allein interessierende Los 1 (Sondermöbel) solle die von der Architektengemeinschaft D*** / E*** als Fachplaner entworfenen Sondermöbel werkplanmäßig umsetzen, fertigen auf die Baustelle verbringen und im Bauvorhaben vertragen. Der Leistungsumfang umfasse ca. 270 Stück Sondermöbel.

Die Vergabe solle im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich erfolgen. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge sei der 18.12.2007, 14.00 Uhr, festgelegt gewesen. In den Bewerbungsunterlagen sei vorgesehen gewesen, dass alle geeigneten Bewerber zur Abgabe eines Erstangebotes aufgefordert würden. Einziges Zuschlagskriterium solle - für ein Verhandlungsverfahren untypisch - der Preis sein. In der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens sollten nach Erstangebotslegung mindestens die Bieter der sieben bestgereihten Angebote zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen werden. Als Themen für die Verhandlungen seien die Baustellenorganisation, die Termine, die M+W-Planung, technische/handwerkliche Aspekte sowie die Vermessung in der Bewerbungsunterlage angegeben gewesen. Nach Abschluss der Verhandlungen sollten die Bieter ein letztgültiges Angebot (Last Offer) legen.

Als geeignet sollten nur solche Unternehmer angesehen werden, die die in Pkt. 3 der Bewerbungsunterlage genannten Mindestanforderungen bzw. Nachweise erbringen könnten. Neben dem Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit seien insbesondere die Eignungsanforderungen zur Leistungsfähigkeit relevant. Als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sollte u.a. der Nachweis über den Jahresumsatz erbracht werden. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sollte eine Referenzliste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen unter Angabe von Ort, Zeit und Wert der Leistungserfüllung sowie des Auftraggebers erbracht werden.

Für das verfahrensgegenständliche Los 1 hätten insgesamt drei Bewerber einen Teilnahmeantrag gestellt. Von diesen drei Bewerbern seien nach der Eignungsprüfung lediglich die A*** und die Bietergemeinschaft F***/G*** zur Angebotsabgabe bis 11.3.2008, 14.00 Uhr, aufgefordert worden. Das Verhandlungsgespräch mit der Antragstellerin habe am 8.4.2008 und jenes mit der Bietergemeinschaft F***/G*** am 10.4.2008 stattgefunden. Mit Schreiben vom 17.4.2008 wurde die Antragstellerin zur Abgabe eines Last Offers bis 29.4.2008, 14.00 Uhr, aufgefordert. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen und habe für das Los 1 ein Angebot mit einem Nettopreis von Euro 1,490.530,-- gelegt.

Mit Schreiben vom 17.6.2008 sei der Antragstellerin von der vergebenden Stelle bekannt gegeben worden, dass das Angebot der Bietergemeinschaft F***/G*** mit einer Vergabesumme von Euro 1,464.808,42 als Bestbieter ermittelt worden sei. Die Stillhaltefrist ende am 1.7.2008. Die Antragstellerin habe die ausschreibende Stelle mit Schreiben vom 23.6.2008 um Bekanntgabe näherer Informationen betreffend Angebotsreihung und Bestbieterermittlung sowie der Angebotspreise ersucht. Diesem Ersuchen sei der Auftraggeber weitgehend nachgekommen.

Geschäftsgegenstand des Auftraggebers sei der Betrieb des Flughafens Wien. Das gegenständliche Vorhaben betreffe

Leistungen im Zusammenhang mit der Terminalerweiterung Nord-Ost. Dies diene eindeutig der Tätigkeit eines Flughafens. Die Flughafen Wien AG sei daher Sektorenauftraggeber. Ausschreibungsgegenständlich sei - wenn auch fraglich - ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Stellung eines Teilnahmeantrags und durch die Legung eines Erstangebotes sowie eines Last Offers dargetan. Das fortbestehende Interesse am Vertragsabschluss werde durch die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages belegt. Die Antragstellerin sei auch weiter an der Zuschlagserteilung interessiert. Sie habe als einziges geeignetes Unternehmen ein technisch qualitativ hochwertiges und wirtschaftlich günstiges Angebot gelegt. Nach dem rechtlich zwingend gebotenen Ausscheiden des Angebotes der Bietergemeinschaft F***/G*** wäre das Angebot der Antragstellerin das einzige im Verfahren verbleibende Angebot (Los 1). Die Antragstellerin sei demnach jedenfalls Bestbieterin. Der gegenständliche Auftrag stelle ein einzigartiges Referenzprojekt dar. Bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG wäre das Angebot der Bietergemeinschaft auszuschneiden gewesen und der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Werde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben, so sei mit einer Zuschlagserteilung an die konkurrierende Bietergemeinschaft zu rechnen. Damit hätte die Antragstellerin keine Chance mehr auf den Zuschlagserhalt. Eine allfällige spätere Feststellung, wonach der Zuschlag rechtswidriger Weise nicht der Antragstellerin erteilt worden sei, sowie die damit einhergehende Möglichkeit, Schadenersatz zu begehren, könne den entstandenen Schaden nicht wettmachen. Die Antragstellerin würde bei Zuschlagserteilung auf das Konkurrenzangebot Umsatz und Gewinn verlieren. Auch ginge ihr ein wichtiges prestigeträchtiges Referenzprojekt verloren. Darüber hinaus würden die Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie die rechtsanwaltlichen Vertragskosten frustriert sein.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
im Recht auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren bzw. auf Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung,
- -Strichaufzählung
im Recht auf korrekte ausschreibungs- und vergaberechtskonforme Eignungsprüfung,
- -Strichaufzählung
im Recht darauf, dass nicht geeignete Bewerber bzw. Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen bzw. auszuschneiden seien und
- -Strichaufzählung
im Recht, als Billigst-/Bestbieter eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erhalten.

Verfahrensgegenständlich sei ein Los eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, wobei der relevante Schwellenwert gemäß § 180 BVergG nicht erreicht werde. Deshalb sei gemäß § 318 Abs 1 Z 6 BVergG lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten. Verfahrensgegenständlich sei ein Los eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, wobei der relevante Schwellenwert gemäß Paragraph 180, BVergG nicht erreicht werde. Deshalb sei gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten.

Rechtswidrigkeiten:

Die Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Dies deshalb, da die Bietergemeinschaft sowohl nach den Vorgaben des BVergG als auch nach den Ausschreibungsbedingungen nicht geeignet - vor allem unzuverlässig und finanziell bzw. wirtschaftlich sowie technisch nicht leistungsfähig - sei. Die Bietergemeinschaft hätte infolge fehlender Eignung nie zur Angebotslegung eingeladen werden dürfen. Dies lasse den Schluss zu, dass die Eignungsprüfung nicht oder nur unzureichend vorgenommen worden sei.

Mangel der beruflichen Zuverlässigkeit:

§ 229 Abs 1 Z 2 BVergG sehe vor, dass Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen seien, wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren etc eingeleitet worden sei. Die Bewerber hätten im gegenständlichen Vergabeverfahren als Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit eine Erklärung über das

Nichtzutreffen eines laufenden oder abgeschlossenen Insolvenzverfahrens vorlegen müssen. Für die als Zuschlagsempfängerin in Aussicht genommene Bietergemeinschaft könne dieser Nachweis aus folgenden Gründen nicht erbracht werden: Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sehe vor, dass Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen seien, wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren etc eingeleitet worden sei. Die Bewerber hätten im gegenständlichen Vergabeverfahren als Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit eine Erklärung über das Nichtzutreffen eines laufenden oder abgeschlossenen Insolvenzverfahrens vorlegen müssen. Für die als Zuschlagsempfängerin in Aussicht genommene Bietergemeinschaft könne dieser Nachweis aus folgenden Gründen nicht erbracht werden:

1. a) Litera a

Es treffe zwar zu, dass weder die F*** noch die G*** derzeit insolvent seien oder dies jemals gewesen seien. Man könne jedoch den Ausschlussgrund des § 229 Abs 1 Z 2 leg.cit. bzw die geforderte Bewerbererklärung nicht so eng auslegen, dass nur die Bewerber bzw Mitglieder der Bewerbergemeinschaft selbst niemals in Konkurs gewesen sein dürften. Vielmehr werde man auch eine Insolvenz (zumindest) der Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer der Bewerber bzw. Mitglieder der Bewerbergemeinschaft zu berücksichtigen haben. Dies umso mehr, wenn es gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern gebe. Es treffe zwar zu, dass weder die F*** noch die G*** derzeit insolvent seien oder dies jemals gewesen seien. Man könne jedoch den Ausschlussgrund des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 2, leg.cit. bzw die geforderte Bewerbererklärung nicht so eng auslegen, dass nur die Bewerber bzw Mitglieder der Bewerbergemeinschaft selbst niemals in Konkurs gewesen sein dürften. Vielmehr werde man auch eine Insolvenz (zumindest) der Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer der Bewerber bzw. Mitglieder der Bewerbergemeinschaft zu berücksichtigen haben. Dies umso mehr, wenn es gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern gebe.

2. b) Litera b

Aus dem Firmenbuchauszug der F*** gehe hervor, dass die H*** zu 75 % - und damit mehrheitlich und maßgeblich - als Gesellschafter der F*** beteiligt sei. Über die H*** sei am 14.1.1999 der Konkurs eröffnet worden. Dieser sei am 5.1.2001 durch Zwangsausgleich beendet worden. Es sei somit unstrittig, dass der Mehrheitsgesellschafter der F*** in Konkurs gewesen sei. Diese Insolvenz habe zur Folge, dass die Bietergemeinschaft ungeeignet sei und ausgeschlossen werden hätte müssen.

3. c) Litera c

Dem könne nicht entgegen gehalten werden, dass der Konkurs der H*** zeitlich vor der Mehrheitsbeteiligung an der F*** eingeleitet und wieder aufgehoben worden sei. Es dürfe nicht übersehen werden, dass zum Konkurszeitpunkt der H*** Herr F*** nicht bloß einziger Gesellschafter, sondern gleichzeitig auch einziger Geschäftsführer der H*** gewesen sei. Herr F*** habe also direkt den Konkurs zu verantworten gehabt. Herr F*** sei außerdem seit 31.12.1998 einziger Geschäftsführer der F***. Bis zum Einstieg der H*** als Gesellschafter der F*** sei Herr F*** außerdem selbst maßgeblich an der F*** beteiligt gewesen. Es sei also festzuhalten, dass derjenige, der den Konkurs der H*** als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer zu verantworten gehabt habe, seit Beginn in der F*** federführend tätig sei. Dies müsse notwendigerweise einen negativen Einfluss auf die Zuverlässigkeit auch der F*** haben. Es liege also zumindest für ein Mitglied der Bietergemeinschaft - nämlich die F*** und ihren Geschäftsführer - ein zwingender Ausschlussgrund vor. Daher hätte die Bietergemeinschaft niemals zur Angebotsabgabe aufgefordert und in der Folge auch nicht für die Zuschlagserteilung vorgesehen werden dürfen. Das Last Offer der Bietergemeinschaft wäre jedenfalls auszuscheiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Mangel der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit:

Gemäß Pkt. 3.4 der Bewerbungsunterlage iVm Anlage 1 werde für das verfahrensgegenständliche Los 1 ein mittlerer Nettojahresgarantieumsatz der letzten drei Jahre von Euro 6,000.000 gefordert. Außerdem werde als Sondernachweis für das Los 1 ein mittlerer Nettojahresgesamtumsatz der letzten drei Jahre von Euro 1,5 Mio gefordert, der durch die Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln (Sofas, Fauteuils, Polstersessel, lounge chairs etc) umgesetzt worden sei. Die Bewerber hätten sohin einen Allgemeinumsatz von insgesamt Euro 6,000.000 und außerdem einen Sonderumsatz von zumindest Euro 1,5 Mio betreffend die Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln nachzuweisen gehabt. Bewerbergemeinschaften hätten den Nachweis gemeinschaftlich erbringen dürfen. Diesen Nachweis habe die

Bietergemeinschaft wohl niemals erbringen können. Dies aus folgenden Gründen: Gemäß Pkt. 3.4 der Bewerbungsunterlage in Verbindung mit Anlage 1 werde für das verfahrensgegenständliche Los 1 ein mittlerer Nettogehesgarantieumsatz der letzten drei Jahre von Euro 6.000.000 gefordert. Außerdem werde als Sondernachweis für das Los 1 ein mittlerer Nettogehesgesamtumsatz der letzten drei Jahre von Euro 1,5 Mio gefordert, der durch die Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln (Sofas, Fauteuils, Polstersessel, lounge chairs etc) umgesetzt worden sei. Die Bewerber hätten sohin einen Allgemeinumsatz von insgesamt Euro 6.000.000 und außerdem einen Sonderumsatz von zumindest Euro 1,5 Mio betreffend die Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln nachzuweisen gehabt. Bewerbergemeinschaften hätten den Nachweis gemeinschaftlich erbringen dürfen. Diesen Nachweis habe die Bietergemeinschaft wohl niemals erbringen können. Dies aus folgenden Gründen:

1. a) Litera a

Sowohl bei der F*** als auch bei der G*** handle es sich um kleine GmbHs iSd § 221 Abs 1 UGB. Gemäß den vom KSV erteilten Auskünften hätten die Umsätze der F*** in den letzten drei Geschäftsjahren zwischen ca Euro 4,1 Mio und Euro 5 Mio sowie die Umsätze der G*** (schätzungsweise für zwei Geschäftsjahre) bei ca Euro 2,4 Mio gelegen. Zusammen würden die Mitglieder der Bietergemeinschaft gerade den geforderten Allgemeinumsatz von mehr als Euro 6 Mio erreichen. Unwahrscheinlich sei, dass die Bietergemeinschaft den geforderten Sondernachweis von zumindest Euro 1,5 Mio aus der Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln erbringen könne. Sowohl bei der F*** als auch bei der G*** handle es sich um kleine GmbHs iSd Paragraph 221, Absatz eins, UGB. Gemäß den vom KSV erteilten Auskünften hätten die Umsätze der F*** in den letzten drei Geschäftsjahren zwischen ca Euro 4,1 Mio und Euro 5 Mio sowie die Umsätze der G*** (schätzungsweise für zwei Geschäftsjahre) bei ca Euro 2,4 Mio gelegen. Zusammen würden die Mitglieder der Bietergemeinschaft gerade den geforderten Allgemeinumsatz von mehr als Euro 6 Mio erreichen. Unwahrscheinlich sei, dass die Bietergemeinschaft den geforderten Sondernachweis von zumindest Euro 1,5 Mio aus der Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln erbringen könne.

2. b) Litera b

Laut KSV-Auskunft betreibe die F*** zu 60 % Großhandel ohne ausgeprägten Schwerpunkt und zu 40 % "sonstigen Einzelhandel in Verkaufsräumen". Das Tätigkeitsgebiet der F*** umfasse laut KSV den Handel, das Consulting und die Vermittlung im Bereich Objekteinrichtungen. Die F*** sei also ein reiner Möbelhändler, der ausschließlich Fremderzeugnisse vermittele bzw verkaufe. Sie sei jedoch, nicht wie in der Ausschreibung gefordert, im Bereich Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln tätig. Schon aus diesem Grund könne die F*** auch keine Umsätze aus der Erzeugung hochwertiger Polstermöbel vorweisen.

3. c) Litera c

Laut KSV-Auskunft sei die G*** zu 50 % als Bautischlerei tätig und zu 50 % mit der Herstellung sonstiger Möbel beschäftigt. Wenn aber die G*** zu 50 % Bautischlerei sei und somit 50 % des Umsatzes von Euro 2,4 Mio keinesfalls aus der Erzeugung von hochwertigen Polstermöbeln erwirtschaftet sein können, zeige sich deutlich, dass sie nicht in der Lage sein könne, den geforderten Sondernachweis für die Bietergemeinschaft zu erbringen. Im Übrigen dürfte die G*** eher im klassischen Möbelbau tätig sein und nicht hochwertige Polstermöbel erzeugen.

4. d) Litera d

Auch eine Einsicht in die Referenzprojekte sowohl für die F*** als auch die G*** bestätige, dass die Bietergemeinschaft niemals den geforderten Sondernachweis erbringen könne. Die Referenzen der F*** würden samt und sonders nicht die Erzeugung hochwertiger Polstermöbel betreffen. Die G*** stelle überhaupt keine (hochwertigen) Polstermöbel her.

Dementsprechend sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Bietergemeinschaft zur Angebotsabgabe aufgefordert und in weiterer Folge auch für die Zuschlagserteilung vorgesehen worden sei. Das Last Offer der Bietergemeinschaft wäre jedenfalls auszuschneiden gewesen. Indem der Auftraggeber den Mangel der Eignung nicht geprüft bzw. nicht erkannt habe, habe er die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

Mangel der technischen Leistungsfähigkeit:

In Pkt. 3.5 der Bewerbungsunterlage iVm Anlage 1 werde für das verfahrensgegenständliche Los 1 (Sondermöbel) der Nachweis von mindestens drei Referenzprojekten aus dem Bereich hochwertiger Polstermöbel für gleichwertige Objekte wie zB Flughäfen, Regierungsgebäude, Spitäler etc, die sowohl eine öffentliche Nutzung als auch ein hohes

Personenaufkommen aufweisen würden, gefordert. Es sei jedoch fraglich, ob die Bietergemeinschaft derartige Mindestreferenzprojekte nachweisen könne. Für die G*** seien keine entsprechenden Referenzprojekte bekannt. Die im ANKÖ aufliegenden Referenzprojekte würden allesamt den klassischen Möbelbau und nicht hochwertige Polstermöbel betreffen. Ebenso wenig erzeuge die F*** hochwertige Polstermöbel. Sie vertreibe lediglich Produkte Dritter. Da jedoch im gegenständlichen Verfahren die Erzeugung hochwertiger Polstermöbel nach den Vorgaben des Auftraggebers leistungsgegenständlich sei, müsse es auch bei den Referenzprojekten gerade darauf ankommen. Die Vermittlung oder der Verkauf von Möbeln Dritter könne keinesfalls als taugliches Referenzprojekt in Betracht kommen. Die F*** könne also kein einziges taugliches Referenzprojekt nachweisen. Branchenintern sei bekannt, dass die von der F*** gelieferten Polstermöbel zum Großteil alles andere als hochwertig seien. Es handle sich um billige Polstermöbel aus Fernost bzw. Osteuropa. Der Antragstellerin sei für das Projekt "Stadthalle" bekannt, dass dieses nicht zur Zufriedenheit des Auftraggebers erfüllt worden sei. Es sei anzuzweifeln, dass der Auftraggeber eine korrekte Prüfung durchgeführt habe. Der Auftraggeber habe die geforderten Mindestreferenzen nicht bzw. nicht mit der gebotenen Sorgfalt geprüft. Das Last Offer der Bietergemeinschaft wäre jedenfalls gemäß § 269 Abs 1 Z 1 BVergG auszuscheiden gewesen. In Pkt. 3.5 der Bewerbungsunterlage in Verbindung mit Anlage 1 werde für das verfahrensgegenständliche Los 1 (Sondermöbel) der Nachweis von mindestens drei Referenzprojekten aus dem Bereich hochwertiger Polstermöbel für gleichwertige Objekte wie zB Flughäfen, Regierungsgebäude, Spitäler etc, die sowohl eine öffentliche Nutzung als auch ein hohes Personenaufkommen aufweisen würden, gefordert. Es sei jedoch fraglich, ob die Bietergemeinschaft derartige Mindestreferenzprojekte nachweisen könne. Für die G*** seien keine entsprechenden Referenzprojekte bekannt. Die im ANKÖ aufliegenden Referenzprojekte würden allesamt den klassischen Möbelbau und nicht hochwertige Polstermöbel betreffen. Ebenso wenig erzeuge die F*** hochwertige Polstermöbel. Sie vertreibe lediglich Produkte Dritter. Da jedoch im gegenständlichen Verfahren die Erzeugung hochwertiger Polstermöbel nach den Vorgaben des Auftraggebers leistungsgegenständlich sei, müsse es auch bei den Referenzprojekten gerade darauf ankommen. Die Vermittlung oder der Verkauf von Möbeln Dritter könne keinesfalls als taugliches Referenzprojekt in Betracht kommen. Die F*** könne also kein einziges taugliches Referenzprojekt nachweisen. Branchenintern sei bekannt, dass die von der F*** gelieferten Polstermöbel zum Großteil alles andere als hochwertig seien. Es handle sich um billige Polstermöbel aus Fernost bzw. Osteuropa. Der Antragstellerin sei für das Projekt "Stadthalle" bekannt, dass dieses nicht zur Zufriedenheit des Auftraggebers erfüllt worden sei. Es sei anzuzweifeln, dass der Auftraggeber eine korrekte Prüfung durchgeführt habe. Der Auftraggeber habe die geforderten Mindestreferenzen nicht bzw. nicht mit der gebotenen Sorgfalt geprüft. Das Last Offer der Bietergemeinschaft wäre jedenfalls gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG auszuscheiden gewesen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt seien. Die Antragstellerin erhebe ihr gesamtes Vorbringen des Nachprüfungsantrags auch zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Würde der beantragten einstweiligen Verfügung nicht stattgegeben, drohe die Zuschlagserteilung auf das Angebot der konkurrierenden Bietergemeinschaft. Das gegenständliche Vergabeverfahren wäre damit beendet. Die Antragstellerin wäre auf den zivilrechtlichen Schadenersatz verwiesen. Ihr wäre die Möglichkeit genommen, den Zuschlag für das Los 1 zu erhalten. Die der Antragstellerin bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Rechtsvertretung wären endgültig verloren. Die Möglichkeit, Schadenersatz vor den ordentlichen Gerichten zu begehren, könne den entstandenen Schaden sowie den Entgang eines wichtigen Referenzprojektes nicht wettmachen.

Es seien keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter oder des Auftraggebers sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens zu erkennen, welche der Erlassung der einstweiligen Verfügung entgegenstünden. In diesem Zusammenhang werde auch auf die Dauer des bis dato durchgeführten Verfahrens seit der erstmaligen Vergabebekanntmachung am 24.11.2007 hingewiesen. Seitens des Auftraggebers könne aus dem dargelegten Zeitablauf heraus wohl augenscheinlich und offensichtlich keine besondere Dringlichkeit abgeleitet werden. Im Übrigen müsse eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch Erlassung einer einstweiligen Verfügung bei der Zeitplanung berücksichtigt werden. Schließlich sei auch auf das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter und den Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes zu verweisen. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei zweifellos ein geeignetes Mittel zur

Sicherung der Interessen der Antragstellerin. Durch die Untersagung der Zuschlagserteilung werde auch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers in geringst möglichem Maße beschränkt. Es handle sich daher um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

In seiner Stellungnahme vom 2.7.2008 betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, dass das gegenständliche Vorhaben Teil des Flughafenausbauprojektes "Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost" sei, welches aus einer Vielzahl von Gewerken bestehe, welche logistisch, organisatorisch und terminlich eng miteinander verzahnt und auf komplexe Weise voneinander abhängig seien. Die Inbetriebnahme des neuen Terminals sei für Mitte 2009 in Aussicht genommen, wobei spätestens ein halbes Jahr zuvor, dh. mit Ende 2008, der Probetrieb aufgenommen werden müsse. Zu diesem Zeitpunkt müsse auch der überwiegende Teil der verfahrensgegenständlichen Möbel installiert sein.

Gegenstand des Auftrages seien keine Standardprodukte, sondern Sonderanfertigungen, etwa spezielle Sondermöbel für den neuen Terminal. Zum Leistungsvolumen des Auftragnehmers zähle nicht nur die Herstellung der ausgeschriebenen Sonderanfertigungen, sondern auch die hierfür erforderliche, umfangreiche Montage- und Werkstattplanung. All dies sei zeitaufwändig und müsse sich nahtlos in den engen Gesamtterminplan des Terminalausbaus einfügen. Durch eine kurze Verzögerung sei dieser Terminplan jedoch gefährdet. Dies gelte auch für den vorliegenden Beschaffungsvorgang. Sollte die Auftraggeberin durch die begehrte Maßnahme an der Fortführung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagserteilung gehindert werden, drohe ihr aus den daraus resultierenden Verzögerungen ein enormer wirtschaftlicher Schaden in Form von Forcierungskosten, Stehzeitkosten bei anderen Projekten und dergleichen.

Die angefochtene Entscheidung sei offenkundig nicht rechtswidrig, da der Mangel der beruflichen Zuverlässigkeit ausschließlich über einen bereits 2001 beendeten Konkurs einer Anteilseignerin an einem der Mitglieder der Bietergemeinschaft begründet werde. Es sei völlig unzutreffend, durch eine derart ausufernde Einbeziehung von lang zurückliegenden Ausgleichsverfahren Unternehmen für immer von öffentlichen Auftragsvergaben auszuschließen. § 230 BVergG bestimme, dass die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe gegeben sein müsse. Eine vor diesem Zeitpunkt liegende, zwischenzeitig beendete Insolvenz wäre somit für die Zuverlässigkeit selbst dann irrelevant, wenn sie den teilnehmenden Unternehmer selbst beträfe. Die Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die ausschließlich auf Angaben des KSV beruhen würden, seien falsch. Aus den von der Bietergemeinschaft vorgelegten Unterlagen ergebe sich, dass sie alle genannten Umsatzkriterien klar erfülle. Das Vorbringen der Antragstellerin, der in Aussicht genommene Bieter könne den Sonderumsatz von 1,5 Mio Euro aus der Erzeugung hochwertiger Polstermöbel nicht erzielen, sei ebenfalls unzutreffend. Die vorgelegten Referenzprojekte würden eindeutig belegen, dass gerade in diesem Bereich hochwertige Projekte vorgelegt worden seien, bei denen es um Entwicklung, Produktion, Lieferung und Montage der betreffenden Polstermöbel gegangen sei. Die Ausführungen der Antragstellerin zur mangelhaften technischen Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft seien ebenfalls nicht nachvollziehbar. Die zu den Referenzprojekten vorgelegten Unterlagen würden klar beweisen, dass diese mit hinreichender Qualität ausgeführt worden seien. Es zeige sich somit, dass keiner der geltend gemachten Nachprüfungsgründe auch nur ansatzweise verwirklicht sei, weshalb der Ausgang des Hauptverfahrens vorhersehbar sei, sodass die Erlassung der begehrten vorläufigen Maßnahme nicht gerechtfertigt wäre. Die angefochtene Entscheidung sei offenkundig nicht rechtswidrig, da der Mangel der beruflichen Zuverlässigkeit ausschließlich über einen bereits 2001 beendeten Konkurs einer Anteilseignerin an einem der Mitglieder der Bietergemeinschaft begründet werde. Es sei völlig unzutreffend, durch eine derart ausufernde Einbeziehung von lang zurückliegenden Ausgleichsverfahren Unternehmen für immer von öffentlichen Auftragsvergaben auszuschließen. Paragraph 230, BVergG bestimme, dass die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim Verhandlungsverfahren spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe gegeben sein müsse. Eine vor diesem Zeitpunkt liegende, zwischenzeitig beendete Insolvenz wäre somit für die Zuverlässigkeit selbst dann irrelevant, wenn sie den teilnehmenden Unternehmer selbst beträfe. Die Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die ausschließlich auf Angaben des KSV beruhen würden, seien falsch. Aus den von der Bietergemeinschaft vorgelegten Unterlagen ergebe sich, dass sie alle genannten Umsatzkriterien klar erfülle. Das Vorbringen der Antragstellerin, der in Aussicht genommene Bieter könne den Sonderumsatz von 1,5 Mio Euro aus der Erzeugung hochwertiger Polstermöbel nicht erzielen, sei ebenfalls unzutreffend. Die vorgelegten Referenzprojekte

würden eindeutig belegen, dass gerade in diesem Bereich hochwertige Projekte vorgelegt worden seien, bei denen es um Entwicklung, Produktion, Lieferung und Montage der betreffenden Polstermöbel gegangen sei. Die Ausführungen der Antragstellerin zur mangelhaften technischen Leistungsfähigkeit der Bietergemeinschaft seien ebenfalls nicht nachvollziehbar. Die zu den Referenzprojekten vorgelegten Unterlagen würden klar beweisen, dass diese mit hinreichender Qualität ausgeführt worden seien. Es zeige sich somit, dass keiner der geltend gemachten Nachprüfungsgründe auch nur ansatzweise verwirklicht sei, weshalb der Ausgang des Hauptverfahrens vorhersehbar sei, sodass die Erlassung der begehrten vorläufigen Maßnahme nicht gerechtfertigt wäre.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVerG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVerG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie auch das Nachprüfungsverfahren, sind vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVerG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, durchzuführen (e contrario § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVerG 2006 idF der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das gegenständliche Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, beim Bundesvergabeamt nicht anhängig. Das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie auch das Nachprüfungsverfahren, sind vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVerG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, durchzuführen (e contrario Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVerG 2006 in der Fassung der zitierten Novelle, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das gegenständliche Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, beim Bundesvergabeamt nicht anhängig.

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Es handelt sich im gegenständlichen Fall um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber.

Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Verfahrens Euro 3.532.310.- exkl.Ust. Das Gewerk unterteilt sich in zwei Lose. Der Auftragswert für Los 1 (Sondermöbel) beträgt Euro

1.395.000.-, für Los 2 (Wartebereichsbestuhlung und Handelsware) Euro 2.137.310.-. Das Gewerk stellt seinerseits einen Teil des Gesamtvorhabens "Skylink, Terminalerweiterung Nord-Ost" mit einem Investitionsvolumen von mehreren hundert Millionen Euro dar. Beim vorliegenden Vergabeverfahren handelt es sich den Angaben des Auftraggebers zur Folge, um ein Verhandlungsverfahren, das dem Oberschwellenbereich zuzuordnen ist. Unvorgreiflich einer allfälligen abweichenden Beurteilung im Nachprüfungsverfahren wird im Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zunächst davon ausgegangen, dass gegenständlich ein Bauauftrag vorliegt.

Von einem im § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit. Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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

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

Gemäß § 329 Abs. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der Antragstellerin hat die Bedeutung des Auftrages als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6, BVA vom 4. April 2007, N/0030-BVA/07/2007-EV19).

Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass die Inbetriebnahme des Terminals für Mitte 2009 in Aussicht genommen sei, wobei spätestens mit Ende 2008 der Probetrieb aufgenommen werden müsse, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4 uva.). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass die Inbetriebnahme des Terminals für Mitte 2009 in Aussicht genommen sei, wobei spätestens mit Ende 2008 der Probetrieb aufgenommen werden müsse, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4 uva.). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar.

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

Weiters ist auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung zu Los 1. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Die Beurteilung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung zu Los 1. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Die Beurteilung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Zur Abweisung des Mehrbegehrens ist darauf hinzuweisen, dass die Erlassung der einstweiligen Verfügung auf das Los 1 (Sondermöbel) der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe zu beschränken war, zumal - vom Auftraggeber unwidersprochen geblieben - eine Teilvergabe von Los 1 (Sondermöbel) und Los 2 (Wartebereichsbestuhlung und Handelsware) vorgesehen sein soll. Hinzu kommt, dass auch der gleichzeitig mit dem EV-Antrag eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin lediglich auf die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Los 1 gerichtet ist.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der

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

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2011

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