

TE Verg Bescheid 2008/2/18 N/0016-BVA/11/2008-7EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.02.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

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 idF der Novelle, BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren „A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen“ der Auftraggeberin Autobahnen – und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag des Architekten A***, vertreten durch X***, vom 8.2.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 11.2.2008), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren „A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen“ der Auftraggeberin Autobahnen – und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag des Architekten A***, vertreten durch X***, vom 8.2.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 11.2.2008), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt wird und die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird," wird insofern

stattgegeben als der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längsten jedoch bis zum 25. März 2008, untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Die ASFINAG Bau Management GmbH schrieb als vergebende Stelle namens der Autobahnen – und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG) (im Folgenden: Auftraggeberin), den verfahrensgegenständlichen Auftrag durch Bekanntmachung vom 11.8.2007, veröffentlicht im Supplement zum ABL 2007/S 154-192178 aus. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (Planungsleistungen), der dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Auf Grund eines die Ausschreibung teilweise aufhebenden Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 18.12.2007, GZ N/0089-BVA/11/2007, wurden die Ausschreibungsunterlagen durch die Auftraggeberin berichtigt und die neue Angebotsfrist mit 11.1.2008 festgelegt.

Mit Telefax vom 28.1.2008 gab die Auftraggeberin die zu Gunsten B*** (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) getroffene Zuschlagsentscheidung bekannt.

Mit Antrag vom 8.2.2008 begehrt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie die Nichtigkeitsklärung dieser Zuschlagsentscheidung und führt dazu begründend aus:

Die Antragstellerin habe sich am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Im Rahmen der Angebotsöffnung am 11.01.2008 seien die von den Bietern selbst deklarierten Punkte (ohne Gewichtung) zu den Zuschlagskriterien verlesen worden. Bei Berücksichtigung der in der Ausschreibung festgelegten Gewichtungen der Zuschlagskriterien hätte demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin insgesamt 88,0689 Punkte selbst deklariert. Davon entfielen 10 Punkte auf das Zuschlagskriterium "Qualitätsmanagement".

Weiters seien der Antragstellerin Merkmale und Vorteile im Rahmen einer Tabelle bekannt gegeben worden, inhaltliche Angaben zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien jedoch nicht gemacht worden. Auf Grund der Punktezahlen sei ableitbar, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für das Zuschlagskriterium "Qualitätsmanagement" selbst deklarierten Punkte (10) von der Auftraggeberin offenbar anerkannt worden seien, da es anders nicht erklärbar wäre, dass die Differenz zwischen den selbst deklarierten Punkten und den von der Auftraggeberin anerkannten nur 0,5020 Punkte betrage. Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin über keine Zertifizierung nach DIN ISO 9000ff.

Gesellschafter und Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei C***. Dieser habe laut Internetseite der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Führung der Abteilung für Elektrotechnik und Maschinenbau bei der B*** übernommen und diese Position bis Mai 2004 ausgeübt. Im Rahmen dieser Tätigkeit sei er für die elektromaschinelle Ausrüstung großer Projekte im Tunnelbau, in der Verkehrstechnik und im Industriebau verantwortlich gewesen. Die nunmehr vorliegende Ausschreibung basiere auf einem Vorprojekt auf dem Stand 2004 des B***, welches der ausgeschriebenen Ausführungsplanung zu Grunde gelegt werden sollte. Eine Einsichtnahme in dieses Vorprojekt sei der Antragstellerin am 07.01.2008 möglich gewesen.

Aus der Selbstdarstellung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Internet ergäbe sich, dass diese abgesehen von den Geschäftsführern über keine eigenen Ressourcen verfüge. In Beantwortung einer telefonischen Nachfrage, ob bzw. welche Subunternehmer von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin namhaft gemacht worden seien, sei von der Auftraggeberin nur bekannt gegeben worden, dass Subunternehmer namhaft gemacht worden seien, die Angabe der Namen dieser Subunternehmer sei jedoch unter Hinweis auf angebliche Geschäftsgeheimnisse verweigert worden.

Die Tatsache, dass C***, Geschäftsführer und Gesellschafter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, bis Mai 2004 bei der B*** beschäftigt gewesen sei und dort insbesondere für die elektromaschinelle Ausrüstung großer Projekte im Tunnelbau verantwortlich gewesen sei, erweise, dass der nunmehrige Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der Erstellung des in der Ausschreibung angeführten Vorprojektes der B*** aus dem Jahre 2004 maßgeblich beteiligt gewesen sei. Daraus ergebe sich, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin, deren geschäftsführender Gesellschafter C*** nunmehr sei, zumindest mittelbar an der Erarbeitung dieses Vorprojektes beteiligt gewesen sei. Das gegenständliche Vorprojekt sei eine entscheidende Grundlage der Ausschreibung, da alle

anzubietenden Leistungen eng mit diesem Vorprojekt verknüpft seien. Die anzubietenden Ausführungsplanungen müssten nämlich einerseits auf dem Vorprojekt aufbauen, andererseits zähle auch die Prüfung des Vorprojektes zu den anzubietenden Leistungen. Durch ihre mittelbare Beteiligung an der Erarbeitung des Vorprojektes habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin entscheidende Wettbewerbsvorteile erlangt. So sei der im vorliegenden Fall ausgeschriebene Leistungsgegenstand auch die Überprüfung des Vorprojektes. Der Aufwand für diese Prüfung sei aber am Besten für jene Personen abschätzbar, die dieses Vorprojekt erstellt hätten und damit über mögliche Mängel Bescheid wüssten. Allein dieses Wissen stelle einen wesentlichen Vorteil dar. Der Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe sich aus Sicht der Antragstellerin sehr frühzeitig, nämlich bereits im Jahr 2004 mit dem gegenständlichen Projekt beschäftigen können. Er habe daher bereits vor drei Jahren damit rechnen können, dass ein auf dem Vorprojekt aufbauendes Vergabeverfahren stattfinden werde. Darüber hinaus habe er durch die im Rahmen der Erarbeitung des Vorprojektes zugänglichen detaillierten Unterlagen und Informationen sowie Erhebungen vor Ort und laufenden Kontakte zu den Projektverantwortlichen einen wesentlichen Informationsvorsprung gegenüber anderen Bietern. Eine bloße Übergabe oder Einsichtnahme in das Vorprojekt könne diesen Informationsvorsprung nicht ausgleichen, da ein solches Vorprojekt nämlich im Wesentlichen bloß eine verkürzte und selektive Zusammenfassung der bei seiner Erarbeitung erlangten Informationen, Daten und Eindrücke enthalte. Aus diesen Wettbewerbsvorteilen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergebe sich, dass diese schon allein aus dem Grund, da sie an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren mittelbar beteiligt gewesen sei, vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre.

Auch der zweite Geschäftsführer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, D***, sei laut Internetseite über 20 Jahre bei der B*** beschäftigt gewesen. Die Antragstellerin vermute daher, dass die B*** von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als Subunternehmer benannt worden sei. Wäre die B*** als Subunternehmen namhaft gemacht, wäre die präsumtive Zuschlagsempfängerin umso mehr wegen mittelbarer Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen zum Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Auf Grund des nach eigenen Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abzuleitenden Mangels an eigenen Ressourcen sei zu prüfen, ob von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entsprechend befugte, leistungsfähige und zuverlässige Subunternehmer namhaft gemacht worden seien und ob von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Nachweis erbracht worden sei, dass sie über die Mittel dieser Subunternehmer verfüge.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe für das Zuschlagskriterium "Qualitätsmanagement" 10 Punkte erhalten, obwohl sie nicht über die dafür erforderliche Zertifizierung nach DIN ISO 9000ff verfüge. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig, zumal bei richtiger Angebotsbewertung (Abzug von 10 Punkten bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) die Antragstellerin Bestbieter wäre.

Die Zuschlagsentscheidung sei auch deshalb rechtswidrig, weil darin entgegen § 131 BVergG 2006, nicht die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes genannt seien. Die Auftraggeberin habe nämlich nur Punktesummen genannt. Für die unterlegenen Bieter sei daher nicht nachvollziehbar, auf Grund welcher Merkmale und Vorteile das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu der bekannt gegebenen Punktesumme (Bewertungsergebnis) gelange. Für die Antragstellerin sei nicht ersichtlich, warum konkret die in der Zuschlagsentscheidung angeführten Punktezahlen für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergeben worden seien. Bereits aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und jedenfalls für nichtig zu erklären. Die Zuschlagsentscheidung sei auch deshalb rechtswidrig, weil darin entgegen Paragraph 131, BVergG 2006, nicht die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes genannt seien. Die Auftraggeberin habe nämlich nur Punktesummen genannt. Für die unterlegenen Bieter sei daher nicht nachvollziehbar, auf Grund welcher Merkmale und Vorteile das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu der bekannt gegebenen Punktesumme (Bewertungsergebnis) gelange. Für die Antragstellerin sei nicht ersichtlich, warum konkret die in der Zuschlagsentscheidung angeführten Punktezahlen für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergeben worden seien. Bereits aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und jedenfalls für nichtig zu erklären.

Durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin werde die Antragstellerin in ihren Rechten auf Ausschluss von Bietern, die mittelbar oder unmittelbar an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren beteiligt gewesen seien, auf Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Erteilung des Zuschlags, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, auf

Bewertung der Angebote nach den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien, auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes entspreche, verletzt.

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründe sich insbesondere darauf, dass die Auftraggeberin durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffe, die mit den Mitteln des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Im Falle der Nichterteilung des Auftrages an die Antragstellerin drohten entgangener Gewinn und Frustration der Kosten für die Verfahrensbeteiligung. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin ein Referenzprojekt, das weitere Folgeaufträge für den österreichischen und europäischen Markt sicherstellen würde.

Es seien keine besonderen Interessen der Antragsgegnerin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen. Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handle es sich jedenfalls um die einzige und gleichzeitig im Sinne des § 329 Abs. 2 BVergG 2006 gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Es seien keine besonderen Interessen der Antragsgegnerin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen. Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handle es sich jedenfalls um die einzige und gleichzeitig im Sinne des Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

In ihrem Schriftsatz vom 14.2.2008 nahm die Auftraggeberin zum Antrag wie folgt Stellung:

Die Inbetriebnahme der 2. Röhre des Pfändertunnels werde die zur Zeit katastrophale Verkehrsbelastung der Umlandgemeinden und insbesondere der Stadt Bregenz wesentlich verringern. Nach Fertigstellung der 2. Röhre des Ambergtunnels im Dezember 2003 verbleibe der Pfändertunnel als letzter Abschnitt der A 14 Rheintalautobahn mit einspurigem Verlauf. Die A 14 Rheintalautobahn sei als TERN- Strecke eine wichtige Nord-Südverbindung von europäischer Bedeutung. Mit einem DTV (durchschnittlichen täglichen Verkehr) von über 23.000 Fahrzeugen pro Tag (errechnet für das Jahr 2005 und einer Prognose von einem DTV von 46.200 im Jahr 2020) stelle der Pfändertunnel den am stärksten frequentierten Gegenverkehrstunnel Österreichs dar. Aufgrund dieser Tatsache ergebe sich die dringende Notwendigkeit, zur Erhöhung der Verkehrssicherheit den einröhrigen Pfändertunnel mit einer 2. Röhre voll auszubauen. Der Planungsbeginn für die 2. Röhre sei im Sommer 2002 erfolgt. Bis dato seien ein Verkehrsmodell, ein baugeologisches Gutachten, ein Vorprojekt sowie eine Umweltuntersuchung erstellt worden. In der Prioritätenreihung des BMVIT, März 2007, sei das Projekt von Bundesminister Faymann in die höchste Prioritätsstufe eingereiht worden. Die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre und des elektrotechnischen und maschinellen Ausbaus beider Röhren ergebe sich aufgrund der extremen Verkehrssituation aus sicherheitstechnischen Überlegungen. Die Unfallstatistik zeige allein in den Jahren 2004 – 2006 im derzeit einröhrigen Tunnel mit Gegenverkehr eine Anzahl von 19 Unfällen, mit 34 Verletzten und einem Toten. Die Belastung der Bewohner der Umlandgemeinden, insbesondere der Landeshauptstadt Bregenz sei bereits jetzt unzumutbar. Dieser Entwicklung müsse durch die Errichtung der 2. Röhre dringend entgegen gewirkt werden, eine weitere Verzögerung der Umsetzungen der Planungs- und Baumaßnahmen sei der Öffentlichkeit gegenüber nicht zu verantworten. Die Unterbrechung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung würde eine weitere Verzögerung der Vergabe der Leistung, der Planung, der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen bedeuten und den geplanten Fertigstellungstermin gefährden. Die Verzögerung würde überdies weitere Planungskosten für eine Forcierung der Planung von ca. 10% des Planungsbudgets für das Einreichprojekt etwa Euro 800.000,-- an Mehrkosten verursachen. Darüber hinaus würde eine weitere Verzögerung der Entlastung der Bevölkerung in den Umlandgemeinden und in der Stadt Bregenz schützenswerte Güter wie Leib und Leben gefährden. Die Reduktion des Verkehrs um die Hälfte bzw. das Dreifache, führe zu einer wesentlichen Reduktion der gesundheitsgefährdenden Auswirkungen des Straßenverkehrs in den Wohngebieten. Die Errichtung der 2. Röhre würde überdies eine Verlegung der wesentlichen Verkehrsanteile auf die Autobahn und damit eine Unfallsrisikosenkung im gesamten Straßennetz des Untersuchungsgebietes bewirken. Das bedeute, dass bei einer verzögerten Errichtung der 2. Röhre Pfändertunnel das Unfallsrisiko für die enormen Verkehrsanteile in den genannten Ortskernen in diesem Zeitraum ca. zehnmal so hoch wäre, als wenn sie die 2. Röhre des Pfändertunnels benützen könnten.

Die Interessen des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien hingegen ausschließlich wirtschaftlicher und finanzieller Natur. Die Gefahr für Leib und Leben der Menschen in der betroffenen Umgebung überwiege jedenfalls die rein finanziellen Interessen des Antragstellers.

Das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes seien zwar bei der Abwägung der Interessen zu berücksichtigen, könnten jedoch das öffentliche Interesse am Schutz von Leib und Leben und die finanziellen Interessen der Auftraggeberin nicht überwiegen, weshalb die Auftraggeberin beantragte, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) 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 am 26.11.2007, (BVerG) 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 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007, (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, (BVerG) anzuwenden.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß § 25 Abs 2 BVerG 2006 an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVerG 2006 an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich.

Von einem in § 328 Abs 1 BVerG 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. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVerG 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.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVerG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß § 328 Abs 3 u. 4 BVerG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVerG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e

contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, 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.

Die 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 die Auftraggeberin vorbringt, dass die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre auf Grund der extremen Verkehrssituation notwendig sei und keine Verzögerungen durch ein Nachprüfungsverfahren dulde, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin 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). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes durchaus zumutbar, zumal die Notwendigkeit der Errichtung einer zweiten Tunnelröhre schon seit mehreren Jahren bekannt sein dürfte. So läuft, wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme selbst vorbringt, die Planung zur Errichtung der zweiten Tunnelröhre bereits seit September 2002. Im Hinblick darauf, dass die kritischen Grenzwerte und die damit verbundene Umweltbelastung sowie die Unfallgefahr bereits Realität sein dürften, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre auf Grund der extremen Verkehrssituation notwendig sei und keine Verzögerungen durch ein

Nachprüfungsverfahren dulde, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin 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). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes durchaus zumutbar, zumal die Notwendigkeit der Errichtung einer zweiten Tunnelröhre schon seit mehreren Jahren bekannt sein dürfte. So läuft, wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme selbst vorbringt, die Planung zur Errichtung der zweiten Tunnelröhre bereits seit September 2002. Im Hinblick darauf, dass die kritischen Grenzwerte und die damit verbundene Umweltbelastung sowie die Unfallgefahr bereits Realität sein dürften, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht.

Zum vorgebrachten besonderen öffentlichen Interesse, eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens würde Leib und Leben der Bevölkerung der Stadt Bregenz sowie der Umlandgemeinden gefährden, ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an 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). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.). Zum vorgebrachten besonderen öffentlichen Interesse, eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens würde Leib und Leben der Bevölkerung der Stadt Bregenz sowie der Umlandgemeinden gefährden, ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an 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). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vergleiche BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller 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 erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit der 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. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller 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 erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit der 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.

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. Was die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung betrifft, so war dieses Mehrbegehren bereits aus dem Grund abzuweisen, da die Zuschlagsentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht zugänglich ist. 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. Was die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung betrifft, so war dieses Mehrbegehren bereits aus dem Grund abzuweisen, da die Zuschlagsentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht zugänglich ist.

Dokumentnummer

VERGT_20080218_N_0016_BVA_11_2008_7EV_00

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