

TE Verg Bescheid 2007/9/18 N/0082-BVA/03/2007-EV15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.09.2007

Norm

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 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 § 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 § 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 durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschková gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Pumpspeicherwerk Limberg II, Ausschreibung Heizung, Raumluftkühlung, Lüftung, Klima, Rauchabzug, MSRT" des Auftraggebers Verbund Austrian Hydro Power AG, Am Hof 6a, 1010 Wien, vertreten durch die Verbund Management Service GmbH, Am Hof 6a, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der A*** GmbH & Co, vertreten durch die Geschäftsführung vertreten durch X*** RAe, vom 11. September 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschková gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Pumpspeicherwerk Limberg römisch zwei, Ausschreibung Heizung, Raumluftkühlung, Lüftung, Klima, Rauchabzug, MSRT" des Auftraggebers Verbund Austrian Hydro Power AG, Am Hof 6a, 1010 Wien, vertreten durch die Verbund Management Service GmbH, Am Hof 6a, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der A*** GmbH & Co, vertreten durch die Geschäftsführung vertreten durch X*** RAe, vom 11. September 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, dem Auftraggeber mittels einstweiliger Verfügung in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren zu untersagen, den Widerruf zu erklären, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Verbund Austrian Hydro Power AG, Am Hof 6a, 1010 Wien, vertreten durch die Verbund Management Service GmbH, Am Hof 6a, 1010 Wien als vergebende Stelle wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 23. Oktober 2007 untersagt, in gegenständlichem Vergabeverfahren den Widerruf zu erklären.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 11. September 2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe vergaberechtswidrig die Verhandlungen im gegenständlichen Verhandlungsverfahren abgebrochen, in der Absicht, das Vergabeverfahren aus "budgetären Gründen" nach Ablauf der Stillhaltefrist zu widerrufen. Die Gespräche zum Offert seien nach der vom Auftraggeber geforderten und seitens der Antragstellerin geleisteten technisch-wirtschaftlichen Aufklärung nicht mehr fortgesetzt worden, sondern vergaberechtswidrig einfach abgebrochen worden. Eine solche Vorgangsweise widerspreche den Bestimmungen des Gesetzes und der Ausschreibung. Daraus sei der zwingende Schluss zu ziehen, dass das gegenständliche Verfahren nicht gesetzmäßig durchgeführt worden sei und widerspreche dies dem Fairnessgrundsatz in allen Einzelheiten. Ein willkürliches Abweichen von den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes sei nicht zulässig. Da das Verfahren ohne sachliche Rechtfertigung und ohne Legung des letzten Offerts nicht einfach abgebrochen werden könne, sei die angefochtene Widerrufsentscheidung jedenfalls sachlich unrichtig und gesetzwidrig.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, sie sei für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen worden und habe ein vollständiges und rechnerisch richtiges Angebot in der geforderten Form mit der Angebotssumme von Euro 4.982.701,06.- (exkl. Ust) bzw. Euro 5.979.241,27.- inkl. Ust. eingebracht. Angeboten worden

seien die Leistungsgruppen Baustellengemeinkosten, Heizungstechnik, Raumlufthkühlung sowie Lüftungs- und Klimatechnik. Nach den Kriterien des günstigsten wirtschaftlich-technischen Angebotes habe die Antragstellerin nach ihrer Auffassung das beste Angebot gelegt und sei dieses in keinem Stadium des Verfahrens ausgeschieden noch seien Mängel festgestellt oder gerügt worden, sodass von einem vollständigen Angebot ausgegangen werden könne. Mit der Widerrufsentscheidung des Auftraggebers vom 29.08.2007 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, das Vergabeverfahren "aus budgetären Gründen" nach Ablauf der Stillhaltefrist zu widerrufen.

Aus der Projektplanung ergebe sich, dass der Auftraggeber die Vorarbeiten für das Pumpspeicherkraftwerk Limberg II seit geraumer Zeit durchführe und der genaue Aufwand zur Herstellung des gegenständlichen Bauwerkes seit langem bekannt sei. Es sei daher davon auszugehen, dass der öffentliche Auftraggeber vor der Auslobung eine sachgerechte und verantwortliche Schätzung der Baukosten der gegenständlichen Bauaufgabe hergestellt habe und die erforderlichen baulichen Massnahmen nötig seien, um den Fertigstellungstermin zu halten. Da keineswegs das gesamte Vorhaben widerrufen werden soll, sei davon auszugehen, dass die nachgefragten und notwendigen Leistungen weiterhin erforderlich seien. Bei einem derartigen Vorhaben sei zu erwarten, dass die budgetäre Deckung in jedem Falle vorliege. Aus der Projektplanung ergebe sich, dass der Auftraggeber die Vorarbeiten für das Pumpspeicherkraftwerk Limberg römisch eins I seit geraumer Zeit durchführe und der genaue Aufwand zur Herstellung des gegenständlichen Bauwerkes seit langem bekannt sei. Es sei daher davon auszugehen, dass der öffentliche Auftraggeber vor der Auslobung eine sachgerechte und verantwortliche Schätzung der Baukosten der gegenständlichen Bauaufgabe hergestellt habe und die erforderlichen baulichen Massnahmen nötig seien, um den Fertigstellungstermin zu halten. Da keineswegs das gesamte Vorhaben widerrufen werden soll, sei davon auszugehen, dass die nachgefragten und notwendigen Leistungen weiterhin erforderlich seien. Bei einem derartigen Vorhaben sei zu erwarten, dass die budgetäre Deckung in jedem Falle vorliege.

Es ergebe sich aus der Entscheidung nicht, welches Budget überhaupt vorhanden gewesen sei bzw. sei dies nicht offen gelegt worden. Es ergebe sich auch nicht, welche sorgfältige Auftragswertschätzung überhaupt vorhanden gewesen sei und ob diese richtig sei; im Falle einer falschen Schätzung bestehe nämlich keine Möglichkeit, das gleichsam auf dem Rücken der Bieter auszutragen und das Verfahren zu widerrufen. § 19 BVergG 2006 und § 187 Abs 1 BVergG 2007 verpflichten den öffentlichen Auftraggeber als Schutzbestimmung dazu, die Ausschreibung nur dann zu veranlassen und den rechtsgeschäftlichen Kontakt nur dann einzugehen, wenn er auch wirklich beabsichtige, die Leistung zu vergeben; dies heiße aber auch, dafür Sorge tragen, dass die budgetären Mittel dafür vorhanden seien und eine schwierige Bauleistung erbracht werden könne. Es seien keine Gründe eines berechtigten Widerrufs ersichtlich. Ein Widerruf aus "obligatorischen Gründen" im Sinne des § 139 Abs 1 BVergG 2006 oder aus sachlichen Gründen des § 278 BVergG 2007 sei nicht zulässig. Andere sachliche Gründe, die zu einem Widerruf ermächtigen, seien der angefochtenen Widerrufsentscheidung nicht zu entnehmen. Es ergebe sich aus der Entscheidung nicht, welches Budget überhaupt vorhanden gewesen sei bzw. sei dies nicht offen gelegt worden. Es ergebe sich auch nicht, welche sorgfältige Auftragswertschätzung überhaupt vorhanden gewesen sei und ob diese richtig sei; im Falle einer falschen Schätzung bestehe nämlich keine Möglichkeit, das gleichsam auf dem Rücken der Bieter auszutragen und das Verfahren zu widerrufen. Paragraph 19, BVergG 2006 und Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2007 verpflichten den öffentlichen Auftraggeber als Schutzbestimmung dazu, die Ausschreibung nur dann zu veranlassen und den rechtsgeschäftlichen Kontakt nur dann einzugehen, wenn er auch wirklich beabsichtige, die Leistung zu vergeben; dies heiße aber auch, dafür Sorge tragen, dass die budgetären Mittel dafür vorhanden seien und eine schwierige Bauleistung erbracht werden könne. Es seien keine Gründe eines berechtigten Widerrufs ersichtlich. Ein Widerruf aus "obligatorischen Gründen" im Sinne des Paragraph 139, Absatz eins, BVergG 2006 oder aus sachlichen Gründen des Paragraph 278, BVergG 2007 sei nicht zulässig. Andere sachliche Gründe, die zu einem Widerruf ermächtigen, seien der angefochtenen Widerrufsentscheidung nicht zu entnehmen.

Es sei Aufgabe des sachkundigen und zur Sorgfalt verpflichteten öffentlichen Auftraggebers, vor der Eröffnung des rechtsgeschäftlichen Kontakts die entsprechenden Untersuchungen und Schätzungen einzuholen, aus denen sich ergebe, ob er ein Vorhaben verwirklichen könne oder nicht. Umstände, die, wären sie schon bei der Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen, zu einem deutlich anderen oder gar keinem Vergabeverfahren führen würden, gebe es im vorliegenden Falle nicht. Der Umfang der Bauaufgabe ergebe sich aus dem baulichen Zustand der Liegenschaft und aus den baulichen Maßnahmen im Gesamten - hier sollen sie bis 2012 in einem extrem engen zeitlichen Rahmen durchgeführt werden. Bei sachverständiger und normgerechter Schätzung der mit diesen Maßnahmen verbundenen

Kosten ergebe sich, dass die Angebotspreise im Bereich einer entsprechenden Schätzung liegen. Daher bestünden auch keine Umstände, die nicht von Anfang an bekannt gewesen seien, sodass hierin keine Änderung des Sachverhalts zugunsten des öffentlichen Auftraggebers gegeben sei. Auch aus diesem Grund sei der Widerruf daher nicht möglich und sachlich auch nicht gerechtfertigt im Sinne des § 278 BVergG 2006. Es sei Aufgabe des sachkundigen und zur Sorgfalt verpflichteten öffentlichen Auftraggebers, vor der Eröffnung des rechtsgeschäftlichen Kontakts die entsprechenden Untersuchungen und Schätzungen einzuholen, aus denen sich ergebe, ob er ein Vorhaben verwirklichen könne oder nicht. Umstände, die, wären sie schon bei der Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen, zu einem deutlich anderen oder gar keinem Vergabeverfahren führen würden, gebe es im vorliegenden Falle nicht. Der Umfang der Bauaufgabe ergebe sich aus dem baulichen Zustand der Liegenschaft und aus den baulichen Maßnahmen im Gesamten - hier sollen sie bis 2012 in einem extrem engen zeitlichen Rahmen durchgeführt werden. Bei sachverständiger und normgerechter Schätzung der mit diesen Maßnahmen verbundenen Kosten ergebe sich, dass die Angebotspreise im Bereich einer entsprechenden Schätzung liegen. Daher bestünden auch keine Umstände, die nicht von Anfang an bekannt gewesen seien, sodass hierin keine Änderung des Sachverhalts zugunsten des öffentlichen Auftraggebers gegeben sei. Auch aus diesem Grund sei der Widerruf daher nicht möglich und sachlich auch nicht gerechtfertigt im Sinne des Paragraph 278, BVergG 2006.

Ob die genannten "budgetären" Gründe tatsächlich vorliegen oder nicht, könne nur gemutmaßt werden, sei aber zu verneinen. Eine nachvollziehbare Begründung oder auch nur nachvollziehbare Angaben zu dieser Frage seien im Verfahren nicht hervor gekommen und seien auch in keiner Weise behauptet oder gar unter Beweis gestellt worden. Das gegenständliche Projekt sei bereits in Errichtung, die ausgeschriebenen Leistungen seien notwendig, um den beabsichtigten technischen und wirtschaftlichen Zweck zu erfüllen. Bei sachgerechter Schätzung ergebe sich, dass diese Einbauten jedenfalls durchgeführt werden müssen, sodass auch eine neuerliche Beschaffung der gegenständlichen Leistungen erforderlich sei. Dies könne - aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise - auch nicht zu niedrigeren Preisen als den ausgeschriebenen erfolgen, sodass schon aus diesem Grund die erforderliche "Sachgerechtigkeit" der Widerrufsentscheidung fehle.

Umso mehr sei ins Treffen zu führen, dass es sich um einen verpönten Zweck handle, durch einen Widerruf den Versuch zu unternehmen, allenfalls im Zuge einer (sofortigen) Neuausschreibung zu günstigeren Preisen zu kommen, dies umso mehr, als mit einer solchen Vorgehensweise zwingend verbunden wäre, dass unter solchen Voraussetzungen auch ein "fairer Wettbewerb" nicht mehr eingehalten werden könne, da die wenigen im Verfahren verbliebenen Anbieter, die über die entsprechende wirtschaftliche Potenz verfügen, derartige Leistungen auszuführen, aufgrund des Ergebnisses des Verhandlungsverfahrens letztlich über maßgebliche Umstände orientiert seien, sodass ein neuerliches Ausschreibungsverfahren zu einem reinen Preisdumping denaturieren würde.

Im Hinblick auf die engen Fertigstellungsfristen und die Voraussetzungen zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrages des Auftraggebers im Rahmen der infrastrukturellen Versorgung erweise sich zugleich, dass auch aus diesen Gründen die vorliegende Entscheidung nicht sachgerecht sei. Öffentliche Auftraggeber seien von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, nur jene Leistungen auszuschreiben, die sie auch tatsächlich realisieren können. Allfällige kalkulatorische Mängel bzw. unrichtige Schätzungen können nicht von vorne herein zu einer Widerrufsentscheidung führen, da dies der Willkür Tür und Tor öffnen würde. Die vorliegende Widerrufsentscheidung sei daher auch aus diesen Erwägungen zur Gänze unbegründet und gesetzwidrig.

Der Auftraggeber habe die Verhandlungen in einem Verhandlungsverfahren mitten innerhalb jenes Prozesses unterbrochen, den er selbst aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ausgelobt habe; es sei in den Auftragsgrundlagen vorgesehen, dass ein Verhandlungsverfahren geführt werde. Nach der geforderten technischwirtschaftlichen Aufklärung zum Offert, welche die Antragstellerin ausführlich gewährleistet hatte, seien die Gespräche nicht mehr fortgesetzt, sondern dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes zuwider einfach abgebrochen worden. Eine solche Vorgehensweise widerspreche den Bestimmungen des Gesetzes und der Ausschreibung. Daraus sei der zwingende Schluss zu ziehen, dass die angefochtene Entscheidung auf einem "Verfahren" beruhe, das nicht gesetzesgemäß sei und dem Fairnessgrundsatz in allen Einzelheiten widerspreche.

Zum Interesse am Vertragsabschluss werde ausgeführt, dass die Antragstellerin das Bestbieter- und auch Billigstbieteroffert gelegt habe und ein rechtliches Interesse an der Zuschlagserteilung bestehe. Das rechtliche Interesse ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass ein entsprechendes Angebot gelegt worden sei, das nicht ausgeschieden, formgültig und auch vollständig sei. Die stRsp des BVA billige jedem Unternehmer ein Interesse an

Vertragsabschluss zu, der ein Angebot gelegt habe. Naturgemäß handle es sich bei einem Auftrag in solcher Größenordnung auch um einen bedeutenden Referenzauftrag. Auch das begründe ein rechtliches Interesse der Antragstellerin an einem Vertragsabschluss. Die Antragstellerin habe ein rechtliches Interesse daran, dass das Verfahren nicht widerrufen werde; im Falle der Erklärung des Widerrufs verliere die Antragstellerin die Möglichkeit, das Bauvorhaben durchzuführen. Zugleich bestehe eine vehemente Gefährdung von Arbeitsplätzen, da mit einem massiven Verlust von Deckungsbeiträgen zu rechnen sei, der Verweis auf Schadenersatz sei kein Äquivalent für die Möglichkeit der Erbringung einer Werkleistung.

Zum Schaden werde ausgeführt, dass die Antragstellerin für den Fall eines Vollzuges des Widerrufs einen erheblichen Schaden erleiden würde, da die Möglichkeit der Erteilung des Zuschlags auf ihr Offert damit entfalle und sie auf Schadenersatz verwiesen wäre, obwohl sie durch formgültige und inhaltlich mängelfreie Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren einen öffentlich- und privatrechtlichen Anspruch auf Zuschlagserteilung erworben habe. Ein Grund für einen Widerruf liege nicht vor, ebenso wenig ein Grund für eine Ausscheidung des Offerts.

Der kalkulatorische Gewinn im Hinblick auf die gegenständliche Ausschreibung belaufe sich auf zumindest 5 % der Offertsumme, das entspreche Euro 249.135,05.-. Dazu gelangen weiters die Gemeinkosten bzw. der Deckungsbeitrag in Anrechnung, sodass insgesamt ein kalkulierter Gesamtschaden im Fall des Unterbleibens der Zuschlagserteilung und der Umsetzung des unberichtigten Widerrufs in der Höhe von 16,6 %, das entspreche Euro 827.128,38.- vorbehaltlich weiterer Ausdehnung, zu erwarten seien. Zudem entstehe der Antragstellerin ein weiterer beträchtlicher Schade im Falle der Nichtausführung des Werks durch den Vollzug des Widerrufs, weil ein bedeutendes Referenzvorhaben nicht ausgeführt werden könne. Jedenfalls liege der zentrale drohende Schaden im Entfall der Möglichkeit der Erteilung des Zuschlages auf das Angebot der Antragstellerin.

Insgesamt erachte sich die Antragstellerin in folgenden Rechten verletzt: In ihrem Recht auf Führung eines mängelfreien und gesetzmäßigen Vergabeverfahrens; in ihrem Recht auf Einhaltung eines fairen Vergabeverfahrens; in ihrem Recht auf Unterlassung willkürlicher Entscheidungen durch den öffentlichen Auftraggeber; insbesondere in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmung des § 19 BundesvergabG 2006, der Bestimmung des § 187 BVergG 2006, wonach Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber durchzuführen seien und die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen habe; in ihrem Recht auf Unterlassung eines gesetzwidrigen Widerrufs und gesetzmäßige Handhabung der Bestimmung des § 139 BVergG 2007 und des § 278 BVergG 2006; in Ihrem Recht auf Unterlassung einer gesetzwidrigen Widerrufsentscheidung und damit auf Unterlassung einer darauf fußenden rechtswidrigen Widerrufserklärung; damit zugleich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, da kein Grund für die Erklärung des Widerrufs bestehe in ihrem weiteren Recht auf die sachliche und mängelfreie Ausübung des dem Auftraggeber gesetzlich eingeräumten Ermessens bei Prüfung der Frage, ob ein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliege; in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages, zumal das von ihr erstattete Angebot das wirtschaftlich-technische günstigste sei; in ihrem Recht auf Nichtdiskriminierung; in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Anwendung der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen betreffend die Bekanntgabe und Begründung der Widerrufsentscheidung, insbesondere soweit diese die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Begründung der Widerrufsentscheidung betreffen; damit in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen der §§ 139 und 140 BVergG 2006 bzw. § 297 BVergG 2007; weiters in ihrem Recht auf Einhaltung der für die Begründung einer Widerrufsentscheidung analog heran zu ziehenden Bestimmung(en) des § 131 BVergG 2006/ § 272 BVergG 2006 betreffend die Begründung einer selbständig anfechtbaren Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers; in ihren Recht auf eine gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens in dem Sinne, dass das Verhandlungsverfahren, das einmal eingeleitet wurde, auch den Bestimmungen des Gesetzes gemäß zum Abschluss gebracht wird, das heißt, dass die Gelegenheit dazu eröffnet werde, auch in Verhandlungen einzutreten und diese abzuschließen; mithin in ihrem Recht, dass das Vergabeverfahren nicht beendet werde, ohne dass es eigentlich abgeschlossen sei; die Antragstellerin sei damit auch in ihrem Recht verletzt, im Sinne des § 192 Abs 5 BVergG 2006 über den gesamten Auftragsinhalt zu verhandeln; weiters sei sie auch in ihrem Recht auf Einhaltung des einem Verhandlungsverfahrens inne wohnenden strukturierten Verhandlungsplanes verletzt. Insgesamt erachte sich die Antragstellerin in folgenden Rechten verletzt: In ihrem Recht auf Führung eines mängelfreien und gesetzmäßigen Vergabeverfahrens; in ihrem Recht auf Einhaltung eines fairen Vergabeverfahrens; in ihrem Recht auf Unterlassung willkürlicher Entscheidungen

durch den öffentlichen Auftraggeber; insbesondere in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmung des Paragraph 19, BundesvergabeG 2006, der Bestimmung des Paragraph 187, BVergG 2006, wonach Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber durchzuführen seien und die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen habe; in ihrem Recht auf Unterlassung eines gesetzwidrigen Widerrufs und gesetzmäßige Handhabung der Bestimmung des Paragraph 139, BVergG 2007 und des Paragraph 278, BVergG 2006; in Ihrem Recht auf Unterlassung einer gesetzwidrigen Widerrufsentscheidung und damit auf Unterlassung einer darauf fußenden rechtswidrigen Widerrufserklärung; damit zugleich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, da kein Grund für die Erklärung des Widerrufs bestehe in ihrem weiteren Recht auf die sachliche und mängelfreie Ausübung des dem Auftraggeber gesetzlich eingeräumten Ermessens bei Prüfung der Frage, ob ein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliege; in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages, zumal das von ihr erstattete Angebot das wirtschaftlich-technische günstigste sei; in ihrem Recht auf Nichtdiskriminierung; in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Anwendung der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen betreffend die Bekanntgabe und Begründung der Widerrufsentscheidung, insbesondere soweit diese die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Begründung der Widerrufsentscheidung betreffen; damit in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen der Paragraphen 139 und 140 BVergG 2006 bzw. Paragraph 297, BVergG 2007; weiters in ihrem Recht auf Einhaltung der für die Begründung einer Widerrufsentscheidung analog heran zu ziehenden Bestimmung(en) des Paragraph 131, BVergG 2006/ Paragraph 272, BVergG 2006 betreffend die Begründung einer selbständig anfechtbaren Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers; in ihren Recht auf eine gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens in dem Sinne, dass das Verhandlungsverfahren, das einmal eingeleitet wurde, auch den Bestimmungen des Gesetzes gemäß zum Abschluss gebracht wird, das heißt, dass die Gelegenheit dazu eröffnet werde, auch in Verhandlungen einzutreten und diese abzuschließen; mithin in ihrem Recht, dass das Vergabeverfahren nicht beendet werde, ohne dass es eigentlich abgeschlossen sei; die Antragstellerin sei damit auch in ihrem Recht verletzt, im Sinne des Paragraph 192, Absatz 5, BVergG 2006 über den gesamten Auftragsinhalt zu verhandeln; weiters sei sie auch in ihrem Recht auf Einhaltung des einem Verhandlungsverfahrens inne wohnenden strukturierten Verhandlungsplanes verletzt.

Zur Einstweiligen Verfügung und Interessenabwägung wurde ausgeführt, dass nach dem eigenen Konzept des Auftraggebers der Widerruf nicht sinnvoll sei, sondern in einem Verhandlungsverfahren das genaue Gegenteil dessen bewirke: eine entsprechende Verfahrensfortsetzung zur Ermöglichung der Durchführung der entsprechenden Arbeiten. Jedes Verhandlungsverfahren folge einem entsprechenden Verhandlungsplan, es müsse also vorhersehbar sein. Es sei beabsichtigt, das Verfahren abubrechen, ohne dieses abzuschließen bzw. die in einem Verhandlungsverfahren vorgesehenen Schritte fertig zu stellen. Deshalb liege es auch nicht im öffentlichen Interesse, dass der Widerruf erklärt werde. Darüber hinaus habe die Antragstellerin ein vehementes Interesse daran, dass der Widerruf nicht erklärt werde. Die Antragstellerin sei nicht nur zur Legung eines Offerts eingeladen worden, sondern habe dieses in der zweiten Stufe auch vollgültig und vollständig getan.

Nur durch eine einstweilige Verfügung könne daher sichergestellt werden, dass eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin unterbleibe. Sie habe ein vehementes rechtliches Interesse an der Erteilung des Zuschlags und am Abschluss des Vertrages und würde daher einen massiven Schaden erleiden, käme es nicht zum Abschluss des Vertrages. Zugleich würden sich sowohl der Abbruch des Verfahrens wie auch die beabsichtigte Widerrufsentscheidung als grundlos und rechtswidrig erweisen, sodass, würde die einstweilige Verfügung nicht erlassen werden, der Schaden sich auf seiten der Antragstellerin verwirklichen würde, da ja keine Aussicht mehr auf Erteilung des Zuschlages im Falle des Widerrufs bestünde. Öffentliche Interessen, die einen raschen Vollzug der Widerrufserklärung erfordern würden, seien nicht gegeben. Zugleich gehöre es zu den Aufgaben des Auftraggebers, in jedem Fall vorzusehen, dass auch die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in den Gang des Vergabeverfahrens mit einbezogen werde; diese könne sich also auch nicht darauf berufen, dass ein solches Verfahren ihre Interessen nachteilig beeinträchtigen würde.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 13.9.2007 die Originalunterlagen vor und nahm mit Schriftsatz vom selben Tag zum Vorbringen betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern Stellung, als keine Einwendungen gegen Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben wurden. Der Auftraggeber führte lediglich aus, dass sich die Angebotspreise zwischen Euro 5 Mio.- und 5,8.- Mio.- bewegen würden und gegenüber den Budgetplanungen des Auftraggebers von Euro 1, 25 Mio.- und den Schätzangaben des externen Planungsbüros von Euro 1,5 Mio.- bis 2,0 Mio

die Angebote stark überhöht erscheinen würden. Eine nachträgliche interne Vergleichsrechnung zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung mit ähnlichen Anlagen ergebe einen theoretischen Wert von max. Euro 2,6 Mio.-. Aus wirtschaftlichen bzw. budgetären Gründen sei daher zu Recht die Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sachlich nicht mehr gerechtfertigt. Die Mitteilung der Widerrufsentscheidung sei daher zu Recht erfolgt.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Antragstellerin und des Auftraggebers sowie der vorgelegten Originalunterlagen wurde folgender für das Provisorialverfahren entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im Mai 2007 hat die Verbund-Austrian Hydro Power AG als Sektorenauftraggeber im Rahmen der Errichtung des Pumpspeicherkraftwerkes Limberg II die betriebsfertige Errichtung der Anlagenkomponenten Heizung, Raumluftkühlung, Lüftung, Klima, Rauchabzug sowie Mess- Steuerungs- und Regeltechnik (MSRT) im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb als Bauauftrag, CPV-Code 29231230, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Planung, Berechnung, Fertigung, Lieferung, Dokumentation, Verpackung, Transport, Montage, Prüfung, Inbetriebnahme, Probetrieb, Schulung und Übernahme, sowie alle mit dem Ausschreibungsgegenstand in Zusammenhang stehenden Lieferungen und Leistungen. Ebenfalls vom Leistungsumfang erfasst ist die Eruiierung der örtlichen und betrieblichen Erfordernisse, die Einholung der erforderlichen Genehmigungen zur Erbringung der Lieferungen/Leistungen, die Ermittlung aller zutreffenden gesetzlichen Bestimmungen, etc., Koordinierungen, Ein- und Ausfuhrabwicklungen, Versicherungen, Haftungen, Unterweisungen von Personal, der Aufwand für Material- und Abnahmeprüfungen etc. bis zur Übernahme, der Schutz der Lieferungen/Leistungen vor Witterungseinflüssen, Verschmutzung, Beschädigung und Verlust, die Beistellung aller erforderlichen Werkzeuge, Messgeräte, sonstige Behelfe etc. sowie deren Entsorgung bis zur Übernahme. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie der Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 3.5.2005. Im Mai 2007 hat die Verbund-Austrian Hydro Power AG als Sektorenauftraggeber im Rahmen der Errichtung des Pumpspeicherkraftwerkes Limberg römisch zwei die betriebsfertige Errichtung der Anlagenkomponenten Heizung, Raumluftkühlung, Lüftung, Klima, Rauchabzug sowie Mess- Steuerungs- und Regeltechnik (MSRT) im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb als Bauauftrag, CPV-Code 29231230, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Planung, Berechnung, Fertigung, Lieferung, Dokumentation, Verpackung, Transport, Montage, Prüfung, Inbetriebnahme, Probetrieb, Schulung und Übernahme, sowie alle mit dem Ausschreibungsgegenstand in Zusammenhang stehenden Lieferungen und Leistungen. Ebenfalls vom Leistungsumfang erfasst ist die Eruiierung der örtlichen und betrieblichen Erfordernisse, die Einholung der erforderlichen Genehmigungen zur Erbringung der Lieferungen/Leistungen, die Ermittlung aller zutreffenden gesetzlichen Bestimmungen, etc., Koordinierungen, Ein- und Ausfuhrabwicklungen, Versicherungen, Haftungen, Unterweisungen von Personal, der Aufwand für Material- und Abnahmeprüfungen etc. bis zur Übernahme, der Schutz der Lieferungen/Leistungen vor Witterungseinflüssen, Verschmutzung, Beschädigung und Verlust, die Beistellung aller erforderlichen Werkzeuge, Messgeräte, sonstige Behelfe etc. sowie deren Entsorgung bis zur Übernahme. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sowie der Bekanntmachung in Österreich erfolgte am 3.5.2005.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden am 10.7.2007 an vier ausgewählte Bieter versandt, die Antragstellerin hat rechtzeitig neben drei weiteren Bietern einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde diese neben einem weiteren Bewerber zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 10.8.2007.

Mit Telefax vom 29.8.2007 hat der Auftraggeber sämtlichen Bietern die Widerrufsentscheidung mitgeteilt mit der Begründung, dass aus wirtschaftlichen bzw. budgetären Gründen eine Fortführung des Vergabeverfahrens sachlich nicht mehr gerechtfertigt erscheint.

Mit Schriftsatz vom 11.9.2007 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Verhandlungen im gegenständlichen Vergabeverfahren vergaberechtswidrig einfach abgebrochen und sei daher die Entscheidung des Widerrufs mangels sachlichem Grund unrichtig und gesetzwidrig, vielmehr wäre das Verfahren bis zur letzten Stufe durchzuführen gewesen. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 5), die Antragstellerin hat die

Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000,-- bezahlt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Verbund-Austrian Hydro Power AG ist - unvorgreiflich der Entscheidung im Hauptverfahren - als öffentlicher Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes 2006 einzustufen. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSd § 4 BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert von Euro 1,250.000.- (ohne Ust.) liegt jedenfalls über dem einschlägigen Schwellenwert, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Die Verbund-Austrian Hydro Power AG ist - unvorgreiflich der Entscheidung im Hauptverfahren - als öffentlicher Auftraggeber iSd Bundesvergabegesetzes 2006 einzustufen. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG 2006 im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert von Euro 1,250.000.- (ohne Ust.) liegt jedenfalls über dem einschlägigen Schwellenwert, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der am 11.9.2006 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs 3 u. 4 BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs 1 u. 2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens und der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 11.9.2006 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins, u. 2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens und der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 329 Abs.1 BVergG 2006 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 einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 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 einer 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. 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.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung behauptet. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist vor allem darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Erklärung des Widerrufs nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Widerruf rechtswidrig wäre, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang der Chance, den Auftrag zu erhalten, mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Erklärung des Widerrufs abgewendet werden, da der möglicherweise und erst im Fall einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens endgültig werdende bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung behauptet. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist vor allem darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Erklärung des Widerrufs nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Widerruf rechtswidrig wäre, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang der Chance, den Auftrag zu erhalten, mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Erklärung des Widerrufs abgewendet werden, da der möglicherweise und erst im Fall einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens endgültig werdende bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in der Sicherung der Wirksamkeit des Nachprüfungsverfahrens, der Abwendung des geltend gemachten drohenden Schadens und der Vermeidung aufwendiger Verfahren vor

Zivilgerichten zur Klärung des Rechtsstreits. Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich, dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4). Die Interessen der Antragstellerin bestehen in der Sicherung der Wirksamkeit des Nachprüfungsverfahrens, der Abwendung des geltend gemachten drohenden Schadens und der Vermeidung aufwendiger Verfahren vor Zivilgerichten zur Klärung des Rechtsstreits. Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich, dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4).

Der Auftraggeber hat gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Einwände erhoben und auch keine besonderen öffentlichen Interessen gegen die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens und der Überprüfung der Zuschlagsentscheidung vorgebracht. Da gemäß Rechtsprechung des VfGH ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vgl. BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) sowie zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreichend ist, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vgl. BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war. Der Auftraggeber hat gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Einwände erhoben und auch keine besonderen öffentlichen Interessen gegen die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens und der Überprüfung der Zuschlagsentscheidung vorgebracht. Da gemäß Rechtsprechung des VfGH ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) sowie zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreichend ist, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vergleiche BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung der Widerrufserklärung

Dokumentnummer

VERGT_20070918_N_0082_BVA_03_2007_EV15_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