

TE Verg Bescheid 2007/8/21 N/0077-BVA/13/2007-10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.08.2007

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S 6 Semmering Schnellstraße - TK Bruck Tanzenbergtunnel - Generalsanierung Bau und BuS" der Auftraggeber 1) Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Josef-Sablattnig-Straße 245, 9020 Klagenfurt, und 2) ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Josef-Sablattnig-Straße 245, 9020 Klagenfurt, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 14. August 2007, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 BVergG 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S 6 Semmering Schnellstraße - TK Bruck Tanzenbergtunnel - Generalsanierung Bau und BuS" der Auftraggeber 1) Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Josef-Sablattnig-Straße 245, 9020 Klagenfurt, und 2) ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Josef-Sablattnig-Straße 245, 9020 Klagenfurt, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 14. August 2007, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006, wie folgt entschieden:

Die Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 25. September 2007 ausgesetzt. Den Auftraggebern wird die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 25. September 2007 untersagt.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 14. August 2007 begehrte die Antragstellerin folgendes:

Das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. 1.Ziffer eins

"die Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 für nichtig erklären und

2. 2.Ziffer 2

die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten."

Das Bundesvergabeamt wolle weiteres mittels einstweiliger Verfügung

1. 1.Ziffer eins

"die Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und

2. 2.Ziffer 2

dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren untersagen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die ASFINAG eine Vergabeverfahren betreffend die Generalsanierung (Bau und BuS) des Tanzenbergtunnels auf der S 6 Semmering Schnellstraße TK Bruck durchführe. Die Ausschreibung umfasse auch die (optionale) Vergabe eines Instandhaltungsvertrages. Gemäß Punkt B.1.3.3 der Ausschreibungsunterlagen sei für das Vertragsverhältnis Instandhaltungsvertrag die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd (SGS) der Auftraggeber. Gemäß Punkt B.1.2.9 der Ausschreibungsunterlage erfolge der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Zuschlagskriterien würden den Gesamtpreis mit 97% und die Qualität mit 3% bewerten. Die Qualitätskriterien würden sich in die Verkürzung der Ausführungsdauer im Ausmaß von 2% und in die "Qualifikation Schlüsselpersonal" im Ausmaß von 1% gliedern. Es seien Eignungskriterien festgelegt worden.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Neben der Antragstellerin hätten fünf weitere Bieter bzw. Bietergemeinschaften Angebote gelegt, darunter die Bietergemeinschaft B***, bestehend aus C***, D*** und E***. Mit Schreiben vom 31. Juli 2007 habe die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Bietergemeinschaft B*** bekannt gegeben.

Es werde die Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 angefochten. Die Antragstellerin erachte sich durch diese Entscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden von einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt.

Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses von circa Euro 2.650.000. Darüber hinaus entstünden ihr frustrierte Angebotslegungskosten von zumindest Euro 120.000. Die Antragstellerin habe massive Zweifel daran, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die erforderliche Eignung, insbesondere die in der Ausschreibung geforderten Referenzen vorweisen könne. Punkt B.1.3.10 der Ausschreibungsunterlagen lege Eignungskriterien fest. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit habe der Bieter unter anderem Referenzprojekte nachzuweisen, die im Zeitraum der letzten fünf Jahre ausgeführt worden seien. Der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft in den Referenzprojekten müsse als Hauptunternehmer oder Mitglied einer Arge tätig gewesen sein. Zur Erfüllung der technischen Leistungsfähigkeit seien unter anderem zwei Referenzprojekte für Leistungen der Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen (BuS) für Neubau oder Sanierung eines Tunnels des hochrangigen Straßennetzes mit einer Mindestlänge von 500 m und den unter Punkt 1.3 angeführten Projektinhalten nachzuweisen. Nachforschungen der Antragstellerin und ihre Branchenkenntnis würden die Vermutung nahelegen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei einem der von ihr angeführten Referenzprojekte betreffend BuS weder Hauptauftragnehmer noch Mitglied der Auftragnehmer-Arge gewesen sei, sondern bestenfalls Subunternehmer oder Sub-Subunternehmer. Konkret handle es sich um den Tunnel Katowitz auf der Drogowa Trasa Srednicowa, einer Straße im oberschlesischen Industriegebiet in Polen. Würden weniger als die in Summe geforderten vier Referenzprojekte (jeweils zwei für Bauleistungen der und zwei für BuS) angegeben, so sei die technische Leistungsfähigkeit für dieses Projekt aus Sicht des Auftraggebers nicht gegeben und sei die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Daher erweise sich die angefochtene Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig. Es bestehe kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Zuschlagserteilung, das der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würde. Aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien sei kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens ersichtlich, da hat die Verkürzung der Ausführungsdauer lediglich mit 2% gewichtet werde. Weiters sei auf die erfolgte Berichtigung hinzuweisen, in der die Antragsgegnerin von sich aus die Angebotsfrist bereits erstreckt habe.

Mit Schreiben der Bietergemeinschaft B***, bestehend aus C***, D*** und E*** vertreten durch Y***, vom 17. August 2007 wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein besonderes öffentliches Interesse entgegenstehe. Der Tunnel sei weit vom aktuellen Stand der Technik entfernt und stelle insofern in seinem derzeitigen Zustand ein erhebliches Sicherheitsrisiko dar. Als Beleg dafür wurde ein ÖAMTC-Tunneltest aus dem Jahr 2001 vorgelegt, in welchem der Tunnel die Note "ausreichend" erhalten hatte. Bei der Interessenabwägung sei dem Schutz von Leib und Leben ein besonderer Stellenwert einzuräumen. Aus der TunnelsicherheitsRL ergebe sich die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, die Sicherheitsstandards österreichischer Straßentunnels weiter zu erhöhen und an den aktuellen Stand der Technik anzupassen. Daraus ergebe sich ein vorrangiges öffentliches Interesse, das die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausschließe. Weiters würden sich auch wesentliche Auswirkungen auf die finanziellen Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben.

Mit Schreiben vom 20. August 2007 brachten die Auftraggeberinnen im Wesentlichen folgendes vor: Auftraggeberinnen des gegenständlichen Vergabeverfahrens seien die ASFINAG und die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 36,000.000, welcher im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt werde. Am 31. Juli 2007 sei per Telefax die Zuschlagsentscheidung an alle Bieter versandt worden. Zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde nicht Stellung genommen.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Die ASFINAG und die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Ziffer 2 BVergG 2006. Sie haben zur Generalsanierung Bau und Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen (BuS) der S 6 Semmering Schnellstraße - TK Bruck Tanzenbergtunnel einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 36,000.000 ohne USt - somit im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Mit der Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 wurde mitgeteilt, dass der Bietergemeinschaft B*** der Zuschlag erteilt werden soll. Die ASFINAG und die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2 BVergG 2006. Sie haben zur Generalsanierung Bau und Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen (BuS) der S 6 Semmering Schnellstraße - TK Bruck Tanzenbergtunnel einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 36,000.000 ohne USt - somit im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Mit der Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 wurde mitgeteilt, dass der Bietergemeinschaft B*** der Zuschlag erteilt werden soll.

Zulässigkeit der Anträge:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung datiert vom 31. Juli 2007. Die Antragstellerin hat einen

Nachprüfungsantrag am 14. August 2007 eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde daher rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung datiert vom 31. Juli 2007. Die Antragstellerin hat einen Nachprüfungsantrag am 14. August 2007 eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde daher rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahmen beantragt, es solle die Zuschlagsentscheidung vom 31. Juli 2007 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren untersagt werden.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2007 die Vergabe an die Bietergemeinschaft B***, beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der

möglicherweise 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 Auftraggeberinnen haben sich zu dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht geäußert.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat vorgebracht, dass der Erlassung der einstweiligen Verfügung ein besonderes öffentliches Interesse entgegenstehe. Der Tunnel sei weit vom aktuellen Stand der Technik entfernt und stelle insofern in seinem derzeitigen Zustand ein erhebliches Sicherheitsrisiko dar. Als Beleg dafür wurde ein ÖAMTC-Tunneltest aus dem Jahr 2001 vorgelegt, in welchem der Tunnel die Note "ausreichend" erhalten hätte. Aus einem mehrere Jahre alten "Tunneltest" der aus einer Aneinanderreihung von Stichworten ohne nähere Details besteht, kann nicht abgeleitet werden, dass der Tunnel in seinem derzeitigen Zustand ein erhebliches Sicherheitsrisiko darstellt und aktuell Gefahr für Leib und Leben besteht. Die aktuelle Gefahr für Leib und Leben ist vielmehr offenbar nicht allzu groß, da die Auftraggeberinnen das Zuschlagskriterium Verkürzung der Ausführungsdauer lediglich mit 2% gewichtet haben. Weiters haben die Auftraggeberinnen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht Stellung genommen, woraus ebenfalls geschlossen werden kann, dass von Seiten der Tunnelbetreiber keine aktuelle Gefahr für Leib und Leben gesehen wird. Es kann auch nicht aus der TunnelsicherheitsRL geschlossen werden, dass Gefahr für Leib und Leben besteht. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung letztlich Auswirkungen auf die (finanziellen) Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben könnten, liegt in der Natur der Sache.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes besteht ein öffentliches Interesse insbesondere auch an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01). Auch aus der RMRL sowie der Judikatur des EuGH ergibt sich, dass ein angemessener vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz zur wirksamen Behebung etwaiger Verstöße der Auftraggeber zu gewähren ist (vgl. Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, 521). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes besteht ein öffentliches Interesse insbesondere auch an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01). Auch aus der RMRL sowie der Judikatur des EuGH ergibt sich, dass ein angemessener vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz zur wirksamen Behebung etwaiger Verstöße der Auftraggeber zu gewähren ist (vergleiche Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, 521).

Somit erscheint bei Abwägung der Interessen aller Beteiligten ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht gegeben.

Grundsätzlich kommt einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine aufschiebende Wirkung zu. Lediglich in den Fällen des § 328 Abs 5 BVergG ist dies der Fall. Auch wurden die rechtlichen Konsequenzen der aufschiebenden Wirkung für den AG im Gesetz ausdrücklich geregelt: bei sonstiger Nichtigkeit darf der AG bis zur Entscheidung über den EV Antrag den Zuschlag nicht erteilen bzw bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Wenn der Gesetzgeber die rechtlichen Konsequenzen derart genau regelt kann dies nur bedeuten, dass in anderen Fällen, die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt hat, eine solche Sanktion eben nicht normiert werden soll. Ein Größenschluss, wonach davon auszugehen sei, dass (auch) ein entgegen dem von der Vergabekontrollbehörde verfügten Verbot erteilter Zuschlag unwirksam sei, weil der EV als Erledigung des Antrages zumindest die gleiche Wirkung zukommen müsse wie dem Antrag, erscheint mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht möglich (zur bisherigen Rechtslage dies vertretend: Madl, Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers durch einstweilige Verfügung der Vergabekontrollbehörden, RPA 2004, 239; vgl auch Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 98, 190). Eine Nichtigkeit des entgegen der EV erteilten Zuschlages auf der Grundlage des § 879 Abs 1 ABGB kommt auch nicht in Betracht, weil es sich bei einem Bescheid nicht um ein gesetzliches Verbot im Sinne der genannten Bestimmung handelt (vgl. Krejci in Rummel, ABGB Kommentar (2000) § 879, Rz 20). Die Untersagung der Zuschlagserteilung alleine ist auch nicht einer Vollstreckung zugänglich (vgl § 329 Abs 4 BVergG). Wird also (nur) die Erteilung des Zuschlages in der EV untersagt, ist ein dennoch erteilter Zuschlag (bei Einhaltung der sonstigen Vorschriften, insbesondere der Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG) zwar rechtswidrig aber grundsätzlich nicht nichtig (vgl BVA 9.4.2001, N-44/01-8; BVA 8.7.2003, 05N-63/03-6; BVA 19.12.2003, 17N-134/03-9) (Th. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar Bundesvergabegesetz 2006, § 329 Rz 18 [in Druck]). Grundsätzlich kommt einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine aufschiebende Wirkung zu. Lediglich in den Fällen des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG ist dies der Fall. Auch wurden

die rechtlichen Konsequenzen der aufschiebenden Wirkung für den AG im Gesetz ausdrücklich geregelt: bei sonstiger Nichtigkeit darf der AG bis zur Entscheidung über den EV Antrag den Zuschlag nicht erteilen bzw bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Wenn der Gesetzgeber die rechtlichen Konsequenzen derart genau regelt kann dies nur bedeuten, dass in anderen Fällen, die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt hat, eine solche Sanktion eben nicht normiert werden soll. Ein Größenschluss, wonach davon auszugehen sei, dass (auch) ein entgegen dem von der Vergabekontrollbehörde verfügt Verbot erteilter Zuschlag unwirksam sei, weil der EV als Erledigung des Antrages zumindest die gleiche Wirkung zukommen müsse wie dem Antrag, erscheint mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht möglich (zur bisherigen Rechtslage dies vertretend: Madl, Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers durch einstweilige Verfügung der Vergabekontrollbehörden, RPA 2004, 239; vergleiche auch Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 98, 190). Eine Nichtigkeit des entgegen der EV erteilten Zuschlages auf der Grundlage des Paragraph 879, Absatz eins, ABGB kommt auch nicht in Betracht, weil es sich bei einem Bescheid nicht um ein gesetzliches Verbot im Sinne der genannten Bestimmung handelt vergleiche Krejci in Rummel, ABGB Kommentar (2000) Paragraph 879,, Rz 20). Die Untersagung der Zuschlagserteilung alleine ist auch nicht einer Vollstreckung zugänglich vergleiche Paragraph 329, Absatz 4, BVergG). Wird also (nur) die Erteilung des Zuschlages in der EV untersagt, ist ein dennoch erteilter Zuschlag (bei Einhaltung der sonstigen Vorschriften, insbesondere der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG) zwar rechtswidrig aber grundsätzlich nicht nichtig vergleiche BVA 9.4.2001, N-44/01-8; BVA 8.7.2003, 05N-63/03-6; BVA 19.12.2003, 17N-134/03-9) (Th. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 329, Rz 18 [in Druck]).

Es war daher auch die Zuschlagsentscheidung auszusetzen. In einem solchen Fall wird der Ablauf der Stillhaltefrist gehemmt. Ein allfälliger Zuschlag während der noch laufenden bzw gehemmten Stillhaltefrist wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 132 Abs 2 BVergG absolut nichtig (Th. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar Bundesvergabegesetz 2006, § 329 Rz 16 [in Druck]). Es war daher auch die Zuschlagsentscheidung auszusetzen. In einem solchen Fall wird der Ablauf der Stillhaltefrist gehemmt. Ein allfälliger Zuschlag während der noch laufenden bzw gehemmten Stillhaltefrist wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in Paragraph 132, Absatz 2, BVergG absolut nichtig (Th. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 329, Rz 16 [in Druck]).

Die Dauer der einstweiligen Verfügung entspricht der in § 326 BVergG vorgeschriebenen Entscheidungsfrist Die Dauer der einstweiligen Verfügung entspricht der in Paragraph 326, BVergG vorgeschriebenen Entscheidungsfrist.

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gesondert entschieden werden.

Dokumentnummer

VERGT_20070821_N_0077_BVA_13_2007_10_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