

TE Verg Bescheid 2007/6/5 N/0054-BVA/07/2007-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.06.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

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 (BVergG), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "AP062, Erkundungsstollenprogramm - Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aicha-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A***, bestehend aus 1. B***, 2. B***, 3. D***, Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "AP062, Erkundungsstollenprogramm - Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aicha-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A***, bestehend aus 1. B***, 2. B***, 3. D***,

4. E***, 5. F***, vertreten durch Y***, vom 29. Mai 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, das Bundesvergabeamt

"möge der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren 'Brenner Basistunnel, Erkundungsstollen Aicha - Mauls, AP062' untersagen",

in eventu die Zuschlagsentscheidung vom 15.5.2007 der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Brenner Basistunnel, Erkundungsstollen Aicha - Mauls, AP062" bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über den Nachprüfungsantrag der antragstellenden Bietergemeinschaft aussetzen und der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung in diesem Vergabeverfahren untersagen",

wird insoweit stattgegeben, als es dem Auftraggeber untersagt wird, im Vergabeverfahren "Brenner Basistunnel, Erkundungsstollen Aicha - Mauls, AP062" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 10. Juli 2007, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AP062 Erkundungsstollenprogramm - Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aichau-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 15.12.2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2006/S 239-255287 bekannt gemacht. Gemäß Punkt 1.2) der Bekanntmachung ist der Auftraggeber eine Einrichtung des öffentlichen Rechts. Die Vergabe erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 1.3.2007. Neben der Antragstellerin hatten drei weitere Bietergemeinschaften Angebote gelegt. Die gegenständliche Leistung "AP062 Erkundungsstollenprogramm - Errichtung der Erkundungsstollen im Teilstück Aichau-Mauls - einschließlich Fensterstollen Mauls" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 15.12.2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2006/S 239-255287 bekannt gemacht. Gemäß Punkt römisch eins.2) der Bekanntmachung ist der Auftraggeber eine Einrichtung des öffentlichen Rechts. Die Vergabe erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 1.3.2007. Neben der Antragstellerin hatten drei weitere Bietergemeinschaften Angebote gelegt.

Mit Schreiben vom 15.5.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G*** zu ihrem Angebot mit einer Auftragssumme von netto Euro 78.884.723,70 und damit niedrigsten Preis zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 29.5.2007 die im Spruch wiedergegebenen Begehren, welche mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden waren.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Sie habe mit Schreiben vom 16.4.2007 den Auftraggeber auf den Umstand hingewiesen, dass Mitglieder der Bietergemeinschaft G*** an Vorarbeiten für die im gegenständlichen Vergabeverfahren vergebenen Leistungen maßgeblich beteiligt gewesen seien. Die Mitglieder des präsumtiven Zuschlagsempfängers setzten sich unter anderem aus der H*** und der I*** zusammen. Der Hauptgesellschafter, Geschäftsführer und technische Direktor von H*** sei Herr J***. Dieser habe insbesondere bei der Machbarkeitsstudie für das ausgeschriebene Projekt führend mitgewirkt und werde vom Auftraggeber im BBT-Kurzbericht 2002 in Bd. 5 "Technisches Projekt" auf S. 4 als Verantwortlicher für die Baudurchführung genannt. Diese Machbarkeitsstudie sei auf der Homepage des Auftraggebers kostenfrei abrufbar. Im Rahmen dieser Studie habe Herr J*** als Verantwortlicher für den Themenbereich Baudurchführung an der technischen Projektaufarbeitung des Brenner-Basistunnels inklusive

der Erkundungsstollen mitgearbeitet und aufgrund dieser Tätigkeit wertvolle Erkenntnisse für die Kalkulation und Projektabwicklung gewonnen, die er nunmehr in die Ausarbeitung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einbringen habe können. In dem veröffentlichten Kurzbericht seien keinesfalls sämtliche gewonnenen Erkenntnisse für die Projektabwicklung der Baudurchführung dargestellt, sondern finde sich darin lediglich ein kurzer Überblick über die allgemeinen Grundlagen der Baudurchführung.

Darüberhinaus seien sowohl H*** als auch I*** führend an der Forschung und Entwicklung des TISROCK (TBM Tunneling in squeezing ROCK) beteiligt gewesen, mit welchem aufbauend auf geologischen Voruntersuchungen ein Konzept für den TBM (Tunnelbohrmaschinen)- Einsatz für die Bauausführung der nunmehr zu vergebenden Leistungen ausgearbeitet worden sei. Insbesondere habe dieses Projekt darauf abgezielt, vor allem für den Brenner-Basistunnel ein System für den maschinellen Vortrieb im Schild-, TBM- und Tübbingausbau zu entwickeln, welches die für druckhafte Verhältnisse notwendige Konvergenzen (Gebirgsverformungen) zulasse und vom Auftraggeber nunmehr zur Vergabe gebracht werde. Auf der Grundlage dieses Forschungsprojektes sei schlussendlich der bei den

nunmehr zu vergebenden Bauleistungen zu verwendende Maschinentyp (Hartgestein-Doppelschild-TBM) in der Ausschreibung vorgegeben worden. Insgesamt seien bei der mehrjährigen Arbeit an TISROCK im Hinblick auf die nunmehr zu vergebenden Leistungen wichtige neue Erkenntnisse über den Vortrieb mit TBM in druckhaftem Gebirge gewonnen worden, die nunmehr bei der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen verwertet werden könnten.

Zusätzlich sei das J*** & Associati, deren Hauptgesellschafter und namensgebende Partner J*** sei, bereits im Jahr 2002 mit der Ausarbeitung eines Konzepts für einen umfassenden Einsatz von TBM nicht zuletzt deshalb vom Auftraggeber bzw dessen Rechtsvorgänger beauftragt worden, weil der Auftraggeber neben dem Know-how der Planer auch das Know-how bauausführender Unternehmungen und anderer TBM-Experten insbesondere hinsichtlich des Entwicklungspotentials maschineller Vortriebe in die Planung einbeziehen habe wollen. Die Studie sei in dieser frühen Planungsphase vom Rechtsvorgänger des Auftraggebers in Auftrag gegeben worden, weil fundierte Aussagen zur Machbarkeit von maschinellen Vortrieben einen wesentlichen Einfluss auf Baukosten und Bauzeit hätten.

Der EuGH habe mit den Urteilen vom 3.3.2005 in den Rs C-21/03 und C-34/03, Fabricom, klargestellt dass einem Unternehmer, der mit Vorarbeiten betraut war, jedenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, darzulegen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können. War daher ein Bieter an Vorarbeiten beteiligt, treffe ihn grundsätzlich die Beweislast für den Nachweis, dass die von ihm im Rahmen seiner Vorarbeiten erlangten Erkenntnisse den Vergabewettbewerb nicht verfälschen konnten. Die Durchführung von Vorarbeiten durch einen Bieter bzw ein Mitglied einer Bietergemeinschaft stelle daher insgesamt eine widerlegbare Vermutung der Wettbewerbsverzerrung iSd § 19 Abs. 1 BVergG dar, die grundsätzlich (so weit dieser Nachweis nicht erbracht wird) zum Ausscheiden des entsprechenden Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG führen muss. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei jedoch nicht zur Erbringung des entsprechenden Nachweises aufgefordert worden. Der EuGH habe mit den Urteilen vom 3.3.2005 in den Rs C-21/03 und C-34/03, Fabricom, klargestellt dass einem Unternehmer, der mit Vorarbeiten betraut war, jedenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, darzulegen, dass nach den Umständen des Einzelfalles die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können. War daher ein Bieter an Vorarbeiten beteiligt, treffe ihn grundsätzlich die Beweislast für den Nachweis, dass die von ihm im Rahmen seiner Vorarbeiten erlangten Erkenntnisse den Vergabewettbewerb nicht verfälschen konnten. Die Durchführung von Vorarbeiten durch einen Bieter bzw ein Mitglied einer Bietergemeinschaft stelle daher insgesamt eine widerlegbare Vermutung der Wettbewerbsverzerrung iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG dar, die grundsätzlich (so weit dieser Nachweis nicht erbracht wird) zum Ausscheiden des entsprechenden Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG führen muss. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei jedoch nicht zur Erbringung des entsprechenden Nachweises aufgefordert worden.

Weiters habe der präsumtive Zuschlagsempfänger in seinem Angebot Subunternehmer namhaft gemacht, für diese jedoch nicht die in Punkt 2.6 des Teils A.2 der Ausschreibungsunterlagen (in der Fassung der 4. Berichtigung vom 16.2.2007) geforderten Nachweise gemäß den Punkten 2.4.1 bis 2.4.5 des Teils A.2 der Ausschreibungsunterlagen erbracht, zumal die namhaft gemachten Subunternehmer die geforderten Eignungsanforderungen auch nicht erfüllten. Der Auftraggeber habe weder die Verfügbarkeit der im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit angegebenen Tunnelbohrmaschine noch die Eignung der angegebenen Subunternehmer überprüft.

Darüberhinaus habe der Auftraggeber auf zahlreiche Bieteranfragen unterschiedliche Auskünfte erteilt und den einzelnen Bietern unterschiedliche schriftliche Antworten übermittelt. Ferner seien die insgesamt fünf Berechtigungen zu den Ausschreibungsunterlagen den Bietern nicht in gleicher Weise bekannt gegeben bzw übermittelt worden. Die einzelnen Bieter hätten daher unter unterschiedlichen Bedingungen ihre Angebote erstellt und sei den Angebotsausarbeitungen der Bieter jeweils ein unterschiedlicher Informationsstand zu Grunde gelegen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Ausschluss von Bietern, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf Nicht-Vergabe an nicht leistungsfähige Unternehmer, in ihrem Recht auf Nichtabweichung von den Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen, in ihrem Recht auf vollständige und vergaberechtskonforme Angebotsprüfung sowie in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes und durch die bisherige Korrespondenz mit dem Auftraggeber ausführlich dargetan.

Sollte die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers nicht erhalten, drohe der Verlust eines kalkulierten Gewinnes samt Gemeinkostendeckungsbeitrag von zumindest 7,85% der Auftragssumme, daher Euro 5.941.937,19. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebots und der Rechtsberatung bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca Euro 180.000 frustriert. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber andernfalls durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die die Antragstellerin nachhaltig schädigen würden.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und erteilte mittels Schriftsatz vom 1.6.2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, sah jedoch von einer Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung ab.

Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 87 Mio beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch ein Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags
I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Der Auftraggeber hat sich in der Bekanntmachung selbst als Einrichtung des öffentlichen Rechts bezeichnet und seine Eigenschaft als Auftraggeber iSd BVergG 2006 im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht bestritten. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage der Auftraggebereigenschaft nicht abschließend geklärt werden. Die Klärung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Es wird daher zunächst - unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - im Provisorialverfahren von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen (vgl. dazu auch BVA 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8; 26.4.2006, N/0026-BVA/05/2006-EV8). Der Auftraggeber hat sich in der Bekanntmachung selbst als Einrichtung des öffentlichen Rechts bezeichnet und seine Eigenschaft als Auftraggeber iSd BVergG 2006 im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht bestritten. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann die Frage der Auftraggebereigenschaft nicht abschließend geklärt werden. Die Klärung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Es wird daher zunächst - unvorgreiflich anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens - im Provisorialverfahren von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen (vergleiche dazu auch BVA 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8; 26.4.2006, N/0026-BVA/05/2006-EV8).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 87 Mio, sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 87 Mio, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 1.6.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 1.6.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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 § 329 Abs. 1 BVergG 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 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 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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 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 Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 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 2, BVergG 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 3, BVergG 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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 Zuschlagsentscheidung vom 15.5.2007 behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G*** zu erteilen, dies aber bei

Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist. Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags 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). Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist. Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags 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).

Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung vorgebracht. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden nicht dargetan und vermag das Bundesvergabeamt solche auch nicht zu erkennen.

Im Übrigen ist im Rahmen der Interessenabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG u.a.; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb. auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen.

Darüber hinaus ist bei der Interessenabwägung auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hinzuweisen, wonach ein Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen hat (BVA 28.12.2006, N/0105- BVA/07/2006-EV11 uvm).

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Zur Dauer der begehrten Maßnahme ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer mit 10. Juli 2007 zu befristen war.

Da somit dem Hauptbegehren nicht vollinhaltlich stattzugeben war, war auch über das Eventualbegehren abzusprechen.

Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gerichteten Mehrbegehrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gerichteten Mehrbegehrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist.

Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es war anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin ist abzuweisen (vgl. BVA 5.7.2006, N/0051- BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8; BVA 18.12.2006, N/0103-BVA/05/2006). Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es war anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin ist abzuweisen vergleiche BVA 5.7.2006, N/0051- BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8; BVA 18.12.2006, N/0103-BVA/05/2006).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Dokumentnummer

VERGT_20070605_N_0054_BVA_07_2007_EV13_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