

TE Verg Bescheid 2007/6/4 N/0055-BVA/08/2007-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.06.2007

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §319

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 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat am 4.6.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und deren nicht offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt", über den am 30.5.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die durch die X*** Rechtsanwälte GmbH vertretene Antragstellerin A*** Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 4.6.2007 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 8 Mag Reinhard Grasböck betreffend die (öffentliche) Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und deren nicht offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt", über den am 30.5.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die durch die X*** Rechtsanwälte GmbH vertretene Antragstellerin A*** Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. wie folgt entschieden:

Spruch

Dem von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt und zusätzlich die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt werden soll, wird

teilweise stattgegeben.

Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren: "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt" für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 11.7.2007 untersagt.

Die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren vom 16.5.2007 zu Gunsten der Bietergemeinschaft B*** wird für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 11.7.2007 ausgesetzt.

Das hinsichtlich der angestrebten Sicherungsmaßnahmen zeitlich absolut für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens formulierte Mehrbegehren wird, soweit über den stattgebenden Spruch hinausgehend, abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 328, 329 und 330 Abs 1 bis Abs 3 BVergG 2006BGBl I 17/2006Rechtsgrundlagen: Paragraphen 328, 329 und 330 Absatz eins bis Absatz 3, BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006,

Begründung

Sachverhalt samt Parteinvorbringen und Verfahrensgang:

Die ASFINAG leitete durch ihre vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH im Dezember 2006 ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durch eine gemeinschaftsweite und auch eine nationale Vergabebekanntmachung ein, in dem ein Dienstleistungsauftrag zur technischen Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt vergeben werden soll. Das Vergabeverfahren wird dabei bezeichnet als "S36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Technische Straßenplanung in der Planungsphase Bauprojekt". Der Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip.

Die zur zweiten Stufe des nicht offenen Verfahrens - neben anderen Unternehmern (bzw Bietergemeinschaften) zugelassene Antragstellerin (= Nachprüfungswerberin) legte ein Angebot, in dem sie den drittbilligsten Preis in Höhe von EUR 258.520,21--anbot. Die Auftraggeberin versandte am 16.5.2007 die nunmehr durch die Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung, in welcher eine Bietergemeinschaft, bestehend aus der B1*** GmbH einerseits und aus der B2*** KEG andererseits, für den Zuschlag in Aussicht genommen wurde. Diese Bietergemeinschaft (mit der seitens der Auftraggeberin verwendeten Kurzbezeichnung B1***/B2*** bot zu einem Preis von EUR 298.517,52-- an, so dass das Angebot der Antragstellerin um rund EUR 40.000,-- billiger erscheint.

Die Auftraggeberin bewertete das Angebot der Bietergemeinschaft jedoch insgesamt - unter Berücksichtigung der Qualitätskriterien - besser als das der Antragstellerin.

Die Bietergemeinschaft erreichte so laut Zuschlagsentscheidung 94,4804% aller möglichen Bewertungspunkte, während die Antragstellerin 93,35% der höchstmöglichen Bewertungspunkte erhielt - Zuschlagsentscheidung zB als Beilage ./2 zum Nachprüfungsantrag, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts.

Die Antragstellerin richtet sich mit ihrem nunmehrigen Nachprüfungsantrag gegen die durch die Auftraggeberin durchgeführte Angebotsbewertung und vertritt insbesondere die Auffassung, dass sie bei (ihres Erachtens) richtiger Angebotsbewertung als Bestbieterin für den Zuschlag auszuwählen gewesen wäre. Überdies wird - auch im Lichte einer nach dem 16.5.2007 versandten, ergänzenden Begründung der Zuschlagsentscheidung - eine intransparente Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 geltend gemacht.Die Antragstellerin richtet sich mit ihrem nunmehrigen Nachprüfungsantrag gegen die durch die Auftraggeberin durchgeführte Angebotsbewertung und vertritt insbesondere die Auffassung, dass sie bei (ihres Erachtens) richtiger Angebotsbewertung als Bestbieterin für den Zuschlag auszuwählen gewesen wäre. Überdies wird - auch im Lichte einer nach dem 16.5.2007 versandten, ergänzenden Begründung der Zuschlagsentscheidung - eine intransparente Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 geltend gemacht.

Zur Absicherung des gestellten Nichtigkeitsantrags beantragte die Antragstellerin zusätzlich eine einstweilige Verfügung (= eV), wie im Bescheidspruch ersichtlich.

Nach dem Inhalt des Nachprüfungs- und eV - Antrags macht die Antragstellerin insbesondere folgende, (ihr drohende bzw bereits eingetretene Schäden geltend, die sie mit der beantragten eV bis zur Entscheidung in der Hauptsache

verhindern bzw hintanhalten will (, womit im Wesentlichen gleichzeitig die durch die eV zu schützenden Interessen der Antragstellerin dargelegt sind):

- -Strichaufzählung

Die bisherigen Aufwendungen der Antragstellerin durch deren Beteiligung am Vergabeverfahren würden bei bereits jetzt erfolgender Zuschlagserteilung frustriert, wobei die Antragstellerin hier 5 Manntage à 8 Stunden zu einem Satz von EUR 65,00-- (exkl USt) pro Stunde für die Teilnahme an der ersten Stufe des nicht offenen Verfahrens und für die Anbotslegung, sohin insgesamt EUR 2.600,-- netto veranschlagt.

- -Strichaufzählung

Der Antragstellerin drohe ein entgehender Gewinn in Höhe von 5% des eigenen Angebotspreises.

- -Strichaufzählung

Neben Aufwendungen für die Inanspruchnahme des vergabespezifischen Rechtsschutzes vor dem Bundesvergabeamt drohe insbesondere der Entgang eines weiteren Referenzauftrags für die Antragstellerin. Durch eine mangels eV drohende Zuschlagserteilung würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen, der von der Auftraggeberin ausgeschriebene Planungsauftrag wäre endgültig vom Markt; und die Antragstellerin letztlich zur Durchsetzung ihrer [dann restlich noch] einklagbaren Ansprüche auf den zivilgerichtlichen Rechtsweg verwiesen.

Festgestellt wird daher in diesem Zusammenhang, dass die Antragstellerin plausibel die ohnehin notorischen Nachteile darlegt, die einer nicht für den Zuschlag ausgewählten Bieterin im Falle einer Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Konkurrentin geltend macht, wobei ein durch den strittigen Auftrag zu erlösender Deckungsbeitrag bzw entgehender Gewinn in Höhe von 5% der Angebotssumme keinesfalls unplausibel erscheint.

Die Auftraggeberin wurde am 30.5.2007 vom gegenständlichen Nachprüfungs- und eV - Antrag verständigt, so dass - im Lichte des § 328 Abs 5 BVergG 2006 ab dann kein rechtswirksamer Zuschlag mehr erteilt werden konnte. Die Auftraggeberin wurde am 30.5.2007 vom gegenständlichen Nachprüfungs- und eV - Antrag verständigt, so dass - im Lichte des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 ab dann kein rechtswirksamer Zuschlag mehr erteilt werden konnte.

Die vergebende Stelle machte am 1.6.2007 allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und teilte mit der Eingabe, lfd Nr 12, des Verwaltungsakts insbesondere mit, dass aus Sicht des Auftraggebers keine öffentliche Interessen wider die beantragte eV bestünden. Es wäre auch noch kein Zuschlag erteilt worden.

Weitere (rechtserhebliche) Informationen über den bisherigen Gang des Vergabeverfahrens liegen zum Zeitpunkt der Entscheidung über den eV - Antrag noch nicht vor.

Die am 16.5.2007 für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft wurde vom Bundesvergabeamt am 30.5.2007 durch Telefaxzustellungen vom Nachprüfungs- und eV - Antrag verständigt. Über die Belehrungen gemäß §§ 323 Abs 4 iVm 324 Abs 3 BVergG 2006 hinaus wurde es dieser Bietergemeinschaft dabei insbesondere freigestellt, bis 4.6.2007, 09.00 Uhr gemäß §§ 37 und 39 AVG Interessen darzulegen, die deren Erachtens allenfalls gegen die beantragte eV sprechen würden. Die am 16.5.2007 für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft wurde vom Bundesvergabeamt am 30.5.2007 durch Telefaxzustellungen vom Nachprüfungs- und eV - Antrag verständigt. Über die Belehrungen gemäß Paragraphen 323, Absatz 4, in Verbindung mit 324 Absatz 3, BVergG 2006 hinaus wurde es dieser Bietergemeinschaft dabei insbesondere freigestellt, bis 4.6.2007, 09.00 Uhr gemäß Paragraphen 37 und 39 AVG Interessen darzulegen, die deren Erachtens allenfalls gegen die beantragte eV sprechen würden.

Diese Bietergemeinschaft machte innerhalb dieser Frist keine entsprechenden Interessen wider die beantragte eV geltend.

Beweiswürdigung

Der festgestellte spruchrelevante Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts, insbesondere aus den ausdrücklich bezogenen Aktenbestandteilen, Urkunden und Schriftsätzen, also insbesondere aus dem Nachprüfungs- und eV - Antrag samt Beilagen und der zitierten Eingabe der Auftraggeberin vom 1.6.2007.

Rechtliche Beurteilung:

Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien unstrittig - eine öffentliche Auftraggeberin im Bereich der Errichtung und des Betriebs der höherwertigen Straßeninfrastruktur, die gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 291 Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bunds und damit in die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts fällt. Die

Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien unstrittig - eine öffentliche Auftraggeberin im Bereich der Errichtung und des Betriebs der höherwertigen Straßeninfrastruktur, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes und damit in die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts fällt.

Mangels festgestellter Tatsachen, die zur Anwendbarkeit anderer Bestimmungen über die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen führen hätten können, ist die Nachprüfungsantragsfrist bezüglich der gegenständlich angefochtenen Zuschlagsentscheidung in einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zu bestimmen. Der diesbezüglich am 29.5.2007 nach Ende der Amtsstunden per e-mail eingebrachte und am 30.5.2007 gemäß § 13 Abs 5 AVG protokollierte Nachprüfungsantrag erscheint daher iS der §§ 321 Abs 1 Z 7 und 328 Abs 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Mangels festgestellter Tatsachen, die zur Anwendbarkeit anderer Bestimmungen über die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen führen hätten können, ist die Nachprüfungsantragsfrist bezüglich der gegenständlich angefochtenen Zuschlagsentscheidung in einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zu bestimmen. Der diesbezüglich am 29.5.2007 nach Ende der Amtsstunden per e-mail eingebrachte und am 30.5.2007 gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG protokollierte Nachprüfungsantrag erscheint daher iS der Paragraphen 321, Absatz eins, Ziffer 7 und 328 Absatz 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig.

Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.200,-- beim Bundesvergabeamt einbezahlt, womit die für das gestellte Nichtigerklärungsbegehren und für den Antrag auf Erlassung einer eV gemäß dem aktuellen Wortlaut des § 318 BVergG gegenüber dem Bund geschuldeten Pauschalgebühren entrichtet wurden - Mitteilung der Amtsbuchhaltung, lfd Nr 11 des Akts. Die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.200,-- beim Bundesvergabeamt einbezahlt, womit die für das gestellte Nichtigerklärungsbegehren und für den Antrag auf Erlassung einer eV gemäß dem aktuellen Wortlaut des Paragraph 318, BVergG gegenüber dem Bund geschuldeten Pauschalgebühren entrichtet wurden - Mitteilung der Amtsbuchhaltung, lfd Nr 11 des Akts.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in § 328 Abs 2 geforderten Antragsinhalte für einen Antrag auf eV enthalten, wobei dem am 30.5.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des § 320 Abs 1 iVm § 328 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, können nämlich gegenständlich nicht ohne weitere Ermittlungen verneint werden, zumal das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurde. In der verfahrenseinleitenden Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in Paragraph 328, Absatz 2, geforderten Antragsinhalte für einen Antrag auf eV enthalten, wobei dem am 30.5.2007 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Antragsvoraussetzungen, sprich das Vertragsabschlussinteresse und der (drohende) Schaden, können nämlich gegenständlich nicht ohne weitere Ermittlungen verneint werden, zumal das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden wurde.

Da auch sonst die Erfolgsaussichten des gestellten Nachprüfungsantrags zum derzeitigen Zeitpunkt nicht offenkundig fehlen, spricht auch dieser Aspekt der Entscheidung des EuGH Rs C- 424/01, CS Communications, nicht gegen vorläufige, mit einer einstweiligen Verfügung anzuordnende Sicherungsmaßnahmen zu Gunsten der Nachprüfungswerberin, zumal auch nach den Auftraggeberangaben noch keine rechtswirksame Zuschlagserteilung vorliegt - § 312 Abs 2 BVergG 2006. Da auch sonst die Erfolgsaussichten des gestellten Nachprüfungsantrags zum derzeitigen Zeitpunkt nicht offenkundig fehlen, spricht auch dieser Aspekt der Entscheidung des EuGH Rs C- 424/01, CS Communications, nicht gegen vorläufige, mit einer einstweiligen Verfügung anzuordnende Sicherungsmaßnahmen zu Gunsten der Nachprüfungswerberin, zumal auch nach den Auftraggeberangaben noch keine rechtswirksame Zuschlagserteilung vorliegt - Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den eV - Antrag die vorhersehbaren 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 eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer eV, ist der Antrag auf Erlassung einer eV abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer eV das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend - bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag - ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen.

Die Nachprüfungswerberin begehrte mit dem am 30.5.2007 protokollierten eV - Antrag, wie im Spruch ersichtlich.

Durch die (neben der Aussetzung der Zuschlagsentscheidung) begehrte und auch verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung wird verboten, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, durch welchen das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 unzulässig würde, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch durch den dafür zuständigen Senat des Bundesvergabeamts entschieden ist. Die Sicherungsmaßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist daher das gelindeste Mittel, mit welchem das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich bestehende Zuschlagschance der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren dahin abzusichern, dass vorläufig kein Zuschlag erteilt wird. Damit wird die Chance der Antragstellerin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet. Durch die (neben der Aussetzung der Zuschlagsentscheidung) begehrte und auch verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung wird verboten, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erteilt, durch welchen das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 unzulässig würde, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch durch den dafür zuständigen Senat des Bundesvergabeamts entschieden ist. Die Sicherungsmaßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist daher das gelindeste Mittel, mit welchem das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich bestehende Zuschlagschance der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren dahin abzusichern, dass vorläufig kein Zuschlag erteilt wird. Damit wird die Chance der Antragstellerin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet.

Die Antragstellerin möchte - hinsichtlich der anzustellenden Interessensabwägung - nach ihren Behauptungen mit ihrem Sicherungsbegehren verhindern, dass ihr ein Referenzprojekt entgeht, ihr über die erlösten variablen Kosten hinaus Deckungsbeitrag bzw Gewinn entgeht, und dass die bisherigen Kosten insbesondere für die Teilnahme am Vergabeverfahren und den in Anspruch genommenen Rechtsschutz entweder frustriert; oder nachmalig (allenfalls) gemeinsam mit dem Entgang des Deckungsbeitrags zeit- und kostenaufwendig im Zivilprozess geltend gemacht werden müssen. Zentral befürchtet die Nachprüfungswerberin damit die Vereitelung der eigenen Zuschlagschance bzw die Vereitelung der nachmaligen Zuschlagserteilung an sich selbst, samt dadurch notorisch drohenden Folge - Nachteilen. Genau diese Nachteile und Schäden würden amtsbekannt jedenfalls dann drohen bzw sich hinsichtlich des Entgangs eines Referenzauftrags bereits jetzt endgültig realisieren, wenn ohne die angeordnete Maßnahme vor der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Zuschlag an einen anderen Unternehmer erteilt würde.

Der durch die §§ 328f BVergG 2006 bezweckte Provisorialrechtsschutz will aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich genau eine derartige Vereitelung letztendlich der Zuschlagschance von Unternehmern in einem bestimmten Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt der Klärung der Frage verhindern, ob die Nachprüfungswerberin durch eine sie belastende Auftraggeberentscheidung - hier durch eine Zuschlagsentscheidung -

tatsächlich in ihren vergaberechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird. Der durch die Paragraphen 328 f, BVergG 2006 bezweckte Provisorialrechtsschutz will aber bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich genau eine derartige Vereitelung letztendlich der Zuschlagschance von Unternehmen in einem bestimmten Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt der Klärung der Frage verhindern, ob die Nachprüfungswerberin durch eine sie belastende Auftraggeberentscheidung - hier durch eine Zuschlagsentscheidung - tatsächlich in ihren vergaberechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt wird.

Dabei spricht § 329 Abs 1 BVergG 2006 vom Grundsatz her für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, es sei denn, andere, in § 329 Abs 1 BVergG 2006 angeführte Interessen würden die Interessen am Provisorialrechtsschutz überwiegen. Dabei spricht Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 vom Grundsatz her für die Erlassung der einstweiligen Verfügung, es sei denn, andere, in Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 angeführte Interessen würden die Interessen am Provisorialrechtsschutz überwiegen.

Die von der Nachprüfungswerberin ins Treffen geführten, ihr drohenden Nachteile; und damit die bei ihr is der Nachteilsvermeidung zu schützenden Interessen sind in solchen Situationen typisch, notorisch und ratione legis Ursache der Existenz des Provisorialrechtsschutzes.

Die vergebende Stelle hat zudem am 1.6.2007 ausdrücklich mitgeteilt, dass keine öffentlichen Interessen wider die beantragte eV vorliegen. Die vergebende Stelle bzw die Auftraggeberin haben auch sonst keine Interessen is des § 329 Abs 1 BVergG 2006 wider die beantragte eV ins Treffen geführt. Die vergebende Stelle hat zudem am 1.6.2007 ausdrücklich mitgeteilt, dass keine öffentlichen Interessen wider die beantragte eV vorliegen. Die vergebende Stelle bzw die Auftraggeberin haben auch sonst keine Interessen is des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 wider die beantragte eV ins Treffen geführt.

Da insbesondere auch die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bietergemeinschaft trotz ausdrücklicher Anfrage bis zum gegenständlichen Entscheidungszeitpunkt keine Tatsachen vorgebracht hat, in welchen Interessen erblickt werden könnten, die das Interesse der Antragstellerin an der einstweiligen Verfügung im beantragten 6-Wochen-Zeitraum überwiegen; und auch sonst solche Interessen bislang nicht bekannt sind, sprechen die Interessen sonstiger Bieter gleichfalls nicht gegen die gegenständlich erlassene eV.

Überdies spricht das in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung abgesicherte öffentliche Interesse der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01) gleichfalls für die gegenständlich angeordnete vorläufigen Maßnahme.

Zur ersichtlich verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in § 326 BVergG 2006 eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Auf Basis der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird, hat jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder an einem Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügten Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend das Vergabeverfahren einzukalkulieren. Zur ersichtlich verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in Paragraph 326, BVergG 2006 eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Auf Basis der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird, hat jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder an einem Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügten Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend das Vergabeverfahren einzukalkulieren.

Dies insbesondere gerade deshalb, weil der Gesetzgeber durch § 326 BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur gemäß § 73 AVG bzw gemäß § 27 VwGG sonst üblichen 6-Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert hat. Diese Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts wäre sinnentleert, wenn die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten. Dies insbesondere gerade deshalb, weil der Gesetzgeber durch Paragraph 326, BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur gemäß Paragraph 73, AVG bzw gemäß

Paragraph 27, VwGG sonst üblichen 6-Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert hat. Diese Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts wäre sinnentleert, wenn die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten.

Mangels bekannter und besonderer Umstände, die gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung inklusive der verfügten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung in diesem Zeitraum sprechen, waren daher die angeordneten Maßnahmen parallel zum gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum betreffend den Nachprüfungsantrag zu verfügen, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Nachprüfungswerberin an der Absicherung ihrer gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehren zu gewährleisten, zumal bei früherer Entscheidung in der Hauptsache die eV wegen der zusätzlich verfügten relativen Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gleichfalls wegfällt. Mangels bekannter und besonderer Umstände, die gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Untersagung der Zuschlagserteilung inklusive der verfügten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung in diesem Zeitraum sprechen, waren daher die angeordneten Maßnahmen parallel zum gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum betreffend den Nachprüfungsantrag zu verfügen, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Nachprüfungswerberin an der Absicherung ihrer gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehren zu gewährleisten, zumal bei früherer Entscheidung in der Hauptsache die eV wegen der zusätzlich verfügten relativen Befristung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gleichfalls wegfällt.

Die zusätzlich begehrte und ausgesprochene Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im zeitlichen Ausmaß der Untersagung der Zuschlagserteilung nimmt der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zwischenzeitig die Wirksamkeit, ohne diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand zu eliminieren. Ohne wirksame Zuschlagsentscheidung kann auch die Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs 1 BVergG 2006 nicht weiterlaufen. Die zusätzlich begehrte und ausgesprochene Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im zeitlichen Ausmaß der Untersagung der Zuschlagserteilung nimmt der angefochtenen Zuschlagsentscheidung zwischenzeitig die Wirksamkeit, ohne diese Entscheidung aus dem Rechtsbestand zu eliminieren. Ohne wirksame Zuschlagsentscheidung kann auch die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG 2006 nicht weiterlaufen.

Damit wird jenen manchmal vertretenen Argumenten vorgebeugt, nach welchen nach Ablauf der Stillhaltefrist mangels Aussetzung der Zuschlagsentscheidung eine gültige, wenn auch rechtswidrige Zuschlagserteilung stattfinden könnte, sofern eben nur die Untersagung der Zuschlagserteilung ausgesprochen würde. Eine höchstgerichtliche Klärung der Frage eines gültigen Zuschlags in einem solchen Fall liegt nämlich bislang, soweit ersichtlich, noch nicht vor.

Da man sich weder seitens der Auftraggeberin noch seitens der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft ausdrücklich gegen diese Maßnahme ausgesprochen hat, wurde diese Maßnahme zur Gewährung des gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes zusätzlich verhängt, da damit die gegen die eV sprechenden Interessen rechtserheblich nicht mehr als ohnehin bereits durch das Zuschlagsverbot an sich beeinträchtigt werden. Mit der zusätzlichen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird mit anderen Worten im vorliegenden Fall der Rahmen des gelindesten Mittels iS des § 329 Abs 2 BVergG 2006 nicht verlassen. Da man sich weder seitens der Auftraggeberin noch seitens der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft ausdrücklich gegen diese Maßnahme ausgesprochen hat, wurde diese Maßnahme zur Gewährung des gebotenen effektiven Primärrechtsschutzes zusätzlich verhängt, da damit die gegen die eV sprechenden Interessen rechtserheblich nicht mehr als ohnehin bereits durch das Zuschlagsverbot an sich beeinträchtigt werden. Mit der zusätzlichen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird mit anderen Worten im vorliegenden Fall der Rahmen des gelindesten Mittels iS des Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 nicht verlassen.

Zur unterlassenen Stattgabe hinsichtlich des zeitlich für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens unbestimmt terminisierten Mehrbegehrens - über den Zeitraum bis zum Ablauf des 11.7.2007 hinaus - ist festzuhalten, dass § 329 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 die Festsetzung eines bestimmten Zeitraums und § 329 Abs 3 Satz 4 eine Erstreckung der einstweiligen Verfügung - falls geboten - anordnet. Zur unterlassenen Stattgabe hinsichtlich des zeitlich für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens unbestimmt terminisierten Mehrbegehrens - über den Zeitraum bis zum Ablauf des 11.7.2007 hinaus - ist festzuhalten, dass Paragraph 329, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 die Festsetzung eines bestimmten Zeitraums und Paragraph 329, Absatz 3, Satz 4 eine Erstreckung der einstweiligen Verfügung - falls geboten - anordnet.

Diese letztgenannte Verlängerungsmöglichkeit wäre zweckentleert, wenn bereits ursprünglich eine Provisorialmaßnahme ohne absolut bestimmten Endtermin zulässig wäre.

Zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt des Nachprüfungsverfahrens kann zudem insbesondere die Interessensabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 im Provisorialverfahren unter Einbeziehung der dann auf breiterer Basis absehbaren Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags erneut angestellt werden kann (, falls das Nachprüfungsverfahren überhaupt länger als die in § 326 BVergG 2006 dafür vorgesehenen 6 Wochen dauern sollte). Zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt des Nachprüfungsverfahrens kann zudem insbesondere die Interessensabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 im Provisorialverfahren unter Einbeziehung der dann auf breiterer Basis absehbaren Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags erneut angestellt werden kann (, falls das Nachprüfungsverfahren überhaupt länger als die in Paragraph 326, BVergG 2006 dafür vorgesehenen 6 Wochen dauern sollte).

Rechtserhebliche Interessen der Nachprüfungswerberin an nur mit dem (relativen) Zeitpunkt der Entscheidung in der Hauptsache befristeten Sicherungsmaßnahmen, weil das Nachprüfungsverfahren eventuell länger als 6 Wochen dauern könnte, wurden weder substantiiert behauptet, noch sind solche Interessen zum derzeitigen Zeitpunkt anderweitig erkennbar.

Schlagworte

Untersagung der Zuschlagserteilung, Aussetzung der Zuschlagsentscheidung, effektiver Primärrechtsschutz;

Dokumentnummer

VERGT_20070604_N_0055_BVA_08_2007_EV16_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