

TE Verg Bescheid 2007/4/4 N/0029-BVA/06/2006-EV18

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.04.2007

Norm

BVergG 2006 §329

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 am 4.4.2007 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 durch Vertreter der Vorsitzenden des Senats 6 gemäß § 7 Abs 4 der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts idF ab 1.1.2007, Mag Reinhard Grasböck, betreffend den als Republik Österreich bezeichneten (öffentlichen) Auftraggeber Bund (Bundesministerium für Landesverteidigung) und dessen offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "BMLV GZ E90015/7/0-IKTD-KdoFüU/IKTE/2006 Videokommunikationssysteme", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Supplement zum ABl der EG vom 22.8.2006, 2006/S 158-170 494) über den am 28.3.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die durch die X*** RECHTSANWÄLTE GMBH vertretene Antragstellerin S*** wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 4.4.2007 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch Vertreter der Vorsitzenden des Senats 6 gemäß Paragraph 7, Absatz 4, der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts in der Fassung ab 1.1.2007, Mag Reinhard Grasböck, betreffend den als Republik Österreich bezeichneten (öffentlichen) Auftraggeber Bund (Bundesministerium für Landesverteidigung) und dessen offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich mit der Bezeichnung "BMLV GZ E90015/7/0-IKTD-KdoFüU/IKTE/2006 Videokommunikationssysteme", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EG vom 22.8.2006, 2006/S 158-170 494) über den am 28.3.2007 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die durch die X*** RECHTSANWÄLTE GMBH vertretene Antragstellerin S*** wie folgt entschieden:

Spruch

Dem nachstehend wörtlich wieder gegebenen Antrag auf

"Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren ("Kauf von Videokommunikationssysteme") zu erteilen und die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2007 ausgesetzt wird. Diese einstweilige Verfügung wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehrt."

wird

teilweise stattgegeben.

Dem Auftraggeber Bund ist die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren: ""BMLV GZ E90015/7/0-IKTD-KdoFüU/IKTE/2006 Videokommunikationssysteme", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Supplement zum ABl der EG vom 22.8.2006, 2006/S 158-170 494) für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber

bis zum Ablauf des 9.5.2007 untersagt.

Die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren vom 15.3.2007 wird für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber

bis zum Ablauf des 9.5.2007 ausgesetzt.

Dem zeitlich absolut für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens formulierten Mehrbegehren hinsichtlich der angestrebten Sicherungsmaßnahmen wird

nicht stattgegeben.

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

Begründung

Sachverhalt samt Parteinvorbringen und Verfahrensgang:

Der Auftraggeber schrieb im Sommer 2006 in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemeinschaftsweit die Vergabe eines Lieferauftrags zur Beschaffung von Videokommunikationssystemen aus.

Vier Bieter legten Angebote.

Der Auftraggeber versandte am 15.3.2007 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in F*** am Main situierten G***.

Die Antragstellerin (= Nachprüfungswerberin) brachte gegen diese Zuschlagsentscheidung am 28.3.2007 einen Nachprüfungsantrag ein, wobei die Antragstellerin ausweislich der bislang vorgelegten Vergabeunterlagen und des bislang erstatteten Vorbringens der Parteien des eV - Verfahrens gemäß § 330 BVergG 2006 und eines Schriftsatzes der G*** nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde - siehe insbesondere die Eingaben lfd Nri 1, 5 und 13 des Akts. Die Antragstellerin (= Nachprüfungswerberin) brachte gegen diese Zuschlagsentscheidung am 28.3.2007 einen Nachprüfungsantrag ein, wobei die Antragstellerin ausweislich der bislang vorgelegten Vergabeunterlagen und des bislang erstatteten Vorbringens der Parteien des eV - Verfahrens gemäß Paragraph 330, BVergG 2006 und eines Schriftsatzes der G*** nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde - siehe insbesondere die Eingaben lfd Nri 1, 5 und 13 des Akts.

Zur Absicherung des damit erhobenen Rechtsgestaltungsbegehrens stellte die Antragstellerin gleichzeitig die im Spruch ersichtlichen Sicherungsbegehren.

Im Nachprüfungs- und eV-Antrag, lfd Nr 1 des Akts, richtet sich die Antragstellerin vor allem gegen die ihres Erachtens rechtswidrig unterlassene Ausscheidung der G*** und begründet dies - neben anderen Gründen - zB damit, dass die G*** ein ausschreibungskonformes Angebot nur unter Verwendung von vorleistungskompatiblen Angebotsbestandteilen hätte einreichen können, die der G*** in Wahrheit nicht zur Verfügung stünden.

Als drohende Interessensbeeinträchtigung gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 brachte die Antragstellerin mit der lfd Nr 1 rechtserheblich vor, dass ihr ohne die Provisorialmaßnahmen ein (Referenz-) Auftrag zu entgehen drohe; und sie damit einen entgehenden Deckungsbeitrag und frustrierte Aufwendungen für das Vergabeverfahren und das bislang durchgeführte Rechtsschutzverfahren zu gewärtigen, bzw diese Nachteile zeit- und aufwandsintensiv im Zivilrechtsweg geltend zu machen hätte; ohne dass dadurch allerdings das derzeit noch verhinderbare Vertragsverhältnis des Auftraggebers mit der G*** nachträglich beseitigt werden könnte. Als drohende Interessensbeeinträchtigung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 brachte die Antragstellerin mit der lfd Nr 1 rechtserheblich vor, dass ihr

ohne die Provisorialmaßnahmen ein (Referenz-) Auftrag zu entgehen drohe; und sie damit einen entgehenden Deckungsbeitrag und frustrierte Aufwendungen für das Vergabeverfahren und das bislang durchgeführte Rechtsschutzverfahren zu gewärtigen, bzw diese Nachteile zeit- und aufwandsintensiv im Zivilrechtsweg geltend zu machen hätte; ohne dass dadurch allerdings das derzeit noch verhinderbare Vertragsverhältnis des Auftraggebers mit der G*** nachträglich beseitigt werden könnte.

Mit diesen Angaben zur drohenden Interessensbeeinträchtigung werden - in Vorwegnahme auch der diesbezüglichen Beweiswürdigungsüberlegungen - Tatsachen behauptet, die einer Unternehmerin wie der Antragstellerin im Falle einer Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Konkurrentin notorisch drohen.

Diesen notorischen Umständen widerstreitende Tatsachen sind bislang nicht behauptet bzw auch sonst nicht bekannt geworden.

Die G*** verfasste bereits am 30.3.2007 die Eingabe, lfd Nr 5. In dieser Eingabe werden - trotz der diesbezüglich ausdrücklich mit der Verfügung des Bundesvergabeamts, lfd Nr 3 des Akts, erfolgter Anfrage keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung (= eV) sprechenden Interessen mitgeteilt, sondern wird bereits dort einerseits die Zuschlagsentscheidung durch Verneinung der eigenen Ausscheidensnotwendigkeit verteidigt und andererseits insbesondere kritisiert, dass die Antragstellerin - ausweislich des Nachprüfungsantrags - in Kenntnis technischer Details des Angebots der G*** wäre.

Ein Geschäftsführer der G*** wies den gefertigten Senatsvorsitzenden unmittelbar nach Beginn dessen Vertretungstätigkeit telefonisch ausdrücklich nochmals auf diesen Umstand hin, so dass das Bundesvergabeamt insoweit unverzüglich die diesbezüglich indizierten Erhebungsschritte setzte.

Der Auftraggeber wird im Provisorialverfahren durch eine Organisationseinheit des Bundesministeriums für Landesverteidigung vertreten.

Er legte am 3.4.2007 die Vergabeunterlagen vor und brachte zuvor am 2.4.2007 die Eingabe, lfd Nr 13, ein.

In dieser Eingabe vom 2.4.2007 werden allgemeine Angaben zum strittigen Vergabeverfahren gemacht und wird insbesondere ausgeführt, dass weder zwingende Gründe wider die beantragte eV noch derartige zwingende öffentliche Interessen bekannt wären. Eine Beurteilung anderweitiger (Bieter-) Interessen iS des § 329 Abs 1 BVergG 2006 könne auftraggeberseits nicht erfolgen. In dieser Eingabe vom 2.4.2007 werden allgemeine Angaben zum strittigen Vergabeverfahren gemacht und wird insbesondere ausgeführt, dass weder zwingende Gründe wider die beantragte eV noch derartige zwingende öffentliche Interessen bekannt wären. Eine Beurteilung anderweitiger (Bieter-) Interessen iS des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 könne auftraggeberseits nicht erfolgen.

Probate Beweise hinsichtlich der allfälligen Einschlägigkeit des § 10 Z 1 oder Z 2 BVergG 2006 wurden bislang nicht vorgebracht, sind auch sonst nicht bekannt und würden im Übrigen der gemeinschaftsweiten Vergabebekanntmachung widersprechen, wo in Punkt VI. das Bundesvergabeamt als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren benannt wurde. Probate Beweise hinsichtlich der allfälligen Einschlägigkeit des Paragraph 10, Ziffer eins, oder Ziffer 2, BVergG 2006 wurden bislang nicht vorgebracht, sind auch sonst nicht bekannt und würden im Übrigen der gemeinschaftsweiten Vergabebekanntmachung widersprechen, wo in Punkt römisch sechs. das Bundesvergabeamt als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren benannt wurde.

Hinsichtlich der Tätigkeit des gefertigten Senatsvorsitzenden als Vertreter der Senatsvorsitzenden des Senats 6 des Bundesvergabeamts ist (auf Tatsachenebene und in diesbezüglicher Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung) festzuhalten, dass sich die Senatsvorsitzende des Senats 6 des Bundesvergabeamts gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts idF ab 1.1.2007, abrufbar unter www.bva.gv.at, am 2.4.2007 gemäß § 7 AVG befangen erklärt hat. Hinsichtlich der Tätigkeit des gefertigten Senatsvorsitzenden als Vertreter der Senatsvorsitzenden des Senats 6 des Bundesvergabeamts ist (auf Tatsachenebene und in diesbezüglicher Vorwegnahme der rechtlichen Beurteilung) festzuhalten, dass sich die Senatsvorsitzende des Senats 6 des Bundesvergabeamts gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts in der Fassung ab 1.1.2007, abrufbar unter www.bva.gv.at, am 2.4.2007 gemäß Paragraph 7, AVG befangen erklärt hat.

Entsprechend § 7 Abs 4 der genannten Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts hatte daher ab 2.4.2007 der für die Fälle der Befangenheit nach der letztgenannten Geschäftsverteilungsnorm zu bestimmende Vertreter unter Berücksichtigung des diesbezüglich relevanten sonstigen Geschäftsanfalls des Bundesvergabeamts tätig zu werden;

somit in konkreter der gefertigte Senatsvorsitzende. Entsprechend Paragraph 7, Absatz 4, der genannten Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts hatte daher ab 2.4.2007 der für die Fälle der Befangenheit nach der letztgenannten Geschäftsverteilungsnorm zu bestimmende Vertreter unter Berücksichtigung des diesbezüglich relevanten sonstigen Geschäftsanfalls des Bundesvergabeamts tätig zu werden; somit in konkreter der gefertigte Senatsvorsitzende.

Beweiswürdigung

Der festgestellte spruchrelevante Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts, insbesondere aus den ausdrücklich bezogenen Aktenbestandteilen, Urkunden und Schriftsätzen.

Rechtliche Beurteilung:

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, womit das Bundesvergabeamt gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit a) B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 zur Vergabekontrolle berufen ist. Der Nachprüfungs- und Provisorialantrag, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts, richtet sich unbeschadet der sich aus Art 8 Abs 2 B-VG ergebenden Differenzierung eindeutig gegen den Bund, wobei die Auftraggeberbezeichnung "Republik Österreich" einerseits vom Auftraggeber selbst gebraucht wurde, und andererseits das angestrebte Prozessrechtsverhältnis durch den Hinweis auf § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 im Vorbringen der Antragstellerin samt dem sonstigen Antragsinhalt gemäß § 13 AVG eindeutig erkennbar ist. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006, womit das Bundesvergabeamt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a,) B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 zur Vergabekontrolle berufen ist. Der Nachprüfungs- und Provisorialantrag, lfd Nr 1 des Verwaltungsakts, richtet sich unbeschadet der sich aus Artikel 8, Absatz 2, B-VG ergebenden Differenzierung eindeutig gegen den Bund, wobei die Auftraggeberbezeichnung "Republik Österreich" einerseits vom Auftraggeber selbst gebraucht wurde, und andererseits das angestrebte Prozessrechtsverhältnis durch den Hinweis auf Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 im Vorbringen der Antragstellerin samt dem sonstigen Antragsinhalt gemäß Paragraph 13, AVG eindeutig erkennbar ist.

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 28.3.2007 gegen die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2007 eingebrachte 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 28.3.2007 gegen die Zuschlagsentscheidung vom 15.3.2007 eingebrachte 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 einstweiligen Verfügung (= eV) gemäß dem Wortlaut des § 318 BVergG gegenüber dem Bund geschuldeten Pauschalgebühren entrichtet wurden. 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 einstweiligen Verfügung (= eV) gemäß dem Wortlaut des Paragraph 318, BVergG gegenüber dem Bund geschuldeten Pauschalgebühren entrichtet wurden.

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 28.3.2007 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, könnten nämlich gegenständlich nicht ohne weitere Ermittlungen verneint werden. 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 28.3.2007 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, könnten nämlich gegenständlich nicht ohne weitere Ermittlungen verneint werden.

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 einem am 28.3.2007 protokollierten eV - Antrag, wie im Spruch ersichtlich.

Durch die 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 die mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsansprüche durch den dafür zuständigen Senat entschieden ist. Durch die 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 die mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsansprüche durch den dafür zuständigen Senat 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 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 müssten. Zentral befürchtet die Nachprüfungswerberin damit die Vereitelung der eigenen Zuschlagschance bzw die Vereitelung der nachmaligen Zuschlagserteilung an sich selbst, samt den 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 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 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. 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 Auftraggeberin hat zudem am 2.4.2007 ausdrücklich mitgeteilt, dass keine zwingenden Gründe vorliegen, die eine Fortführung des Vergabeverfahrens gebieten würden. Nach Auftraggebераuffassung liegen auch keine besonderen öffentlichen Interessen wider die beantragte eV vor.

Da insbesondere auch die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin 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 Sechs-Wochen-Zeitraum überwiegen würden; und auch sonst solche Interessen bislang nicht bekannt sind, sprechen auch die Interessen sonstiger Bieter nicht gegen die gegenständlich erlassene eV.

Die in der Eingabe dieser Bieterin, lfd Nr 5 des Akts, enthaltene Tatsachenbehauptung der Ausschreibungskonformität des eigenen Angebots, welche ja seitens der Antragstellerin zentral bestritten wird, ist bei der derzeit bekannten Sachlage (ein) Hauptthema des abzuführenden Nachprüfungsverfahrens, mangels bislang evident durch unstrittige Urkunden unterlegter Tatsachen aber kein solches des Provisorialverfahrens.

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. 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.

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, wenn eben nur die Untersagung der Zuschlagserteilung ausgesprochen würde. Eine höchstgerichtliche Klärung der Frage eines gültigen Zuschlags in einem solchen Fall liegt bislang, soweit ersichtlich, nämlich nicht vor.

Da man sich weder seitens des Auftraggebers noch seitens der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin gegen diese Maßnahme ausdrücklich ausgesprochen hat, wurde diese Maßnahme zur Gewährung des gebotenen Primärrechtsschutzes zusätzlich verhängt, da damit die gegen die ev sprechenden Interessen rechtserheblich nicht mehr als ohnehin bereits durch das Zuschlagsverbot an sich beeinträchtigt werden.

Zur unterlassenen Stattgabe hinsichtlich des zeitlich für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens unbestimmt terminisierten Mehrbegehrens - über den Zeitraum bis zum Ablauf des 9.5.2007 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 unbestimmten terminisierten Mehrbegehrens - über den Zeitraum bis zum Ablauf des 9.5.2007 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 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, Zuschlagserteilung, Aussetzung, Zuschlagsentscheidung;

Dokumentnummer

VERGT_20070404_N_0029_BVA_06_2006_EV18_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