

TE Verg Bescheid 2007/3/30 N/0026-BVA/03/2007-EV5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.03.2007

Norm

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren " Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel " des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, vom 26. März 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren " Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel " des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, vom 26. März 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren zu untersagen, den Zuschlag erteilen, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 9. Mai 2007 untersagt, in gegenständlichem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe trotz Vorliegens von Anzeichen eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin auszuschneiden, da diese allenfalls mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht oder allenfalls wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. B*** GmbH zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Auftraggeber, die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in weiterer Folge: ASFINAG) habe ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages mit Auftragsgegenstand Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Ganzsteintunnel an der S 6 Semmering Schnellstraße. nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe fristgerecht vor Ablauf der Angebotsfrist am 12.12.2006 um 8.38 Uhr ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben, die Zuschlagsentscheidung sei mit Telefax vom 12.03.2007 zugunsten der Firma B*** bekannt gegeben worden.

Nach den Angaben im Angebotseröffnungsprotokoll vom 12.12.2006 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Leistung nach Abzug von 6 % Rabatt zu einem Gesamtpreis von EUR 4.928.308,76,- angeboten und eine

Subunternehmererklärung abgegeben, die 0 % Subunternehmeranteil aufweise, wobei dem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei. Der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis betrage EUR 5.974.308,55.- und sei laut Zuschlagsentscheidung als zweitbestes Angebot zu werten.

In den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt B1 1.2.1.7.2., Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er ≥ 50 % des Preises, im Bezug auf den Mittelwert, der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang BIn den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt B1 1.2.1.7.2., Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er ≥ 50 % des Preises, im Bezug auf den Mittelwert, der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B

8.5.6 Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 83, 1.08 BVergG seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Firma B*** GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises werde ausgeführt, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen ein ungewöhnlich niedriger Preis jedenfalls dann vorliege, wenn er ≥ 50 % des Durchschnittspreises der übrigen Bieter liege. Nach dem wörtlichen Sinn dieser Bestimmung "jedenfalls" sei damit nicht ausgeschlossen, dass auch bei geringeren Abweichungen vom Durchschnittspreis ein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegen könne, der zu einer vertieften Angebotsprüfungspflicht des Auftraggebers führe. Der Angebotspreis der Firma B*** GmbH liege nach Abzug von 6 % Rabatt um rd. 1,046 Mio. (rd. 18 %) unter dem nächst billigsten Angebotspreis der Antragstellerin und um rd. 30 % unter dem Mittelwert der Preise der übrigen Bieter. Diese Abweichungen hätten den Auftraggeber zu begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin veranlassen müssen. Auch im Verhältnis zur Leistung stelle der Angebotspreis der Firma B*** GmbH einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis dar. Da die Antragstellerin bereits am untersten Limit kalkuliert habe und die konkreten Leistungspositionen aufgrund der festen Marktpreise keinen großen Spielraum für die Preisgestaltung lassen, sei jedenfalls von einem nicht plausibel zusammen gesetzten Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszugehen. Da es der Auftraggeber trotz Vorliegens von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten, rechtswidrig unterlassen habe, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, sei der Zuschlag zu Unrecht zugunsten des Angebots der Firma B*** GmbH getroffen worden. Zur fehlenden Eignung werde ausgeführt, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Leistung die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik umfasse. Diese Leistungen würden über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des § 32 GewO hinausgehen. Zur Erbringung dieser Leistung sei daher insbesondere die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Die Firma B*** GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters ausschließlich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Firma B*** GmbH einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt 8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmer habe gemäß B 8 Punkt 8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen.8.5.6 Verzeichnis der Subunternehmer

gem. Paragraphen 83, eins Punkt 08, BVergG seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Firma B*** GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises werde ausgeführt, dass gemäß den Ausschreibungsunterlagen ein ungewöhnlich niedriger Preis jedenfalls dann vorliege, wenn er ≥ 50 % des Durchschnittspreises der übrigen Bieter liege. Nach dem wörtlichen Sinn dieser Bestimmung "jedenfalls" sei damit nicht ausgeschlossen, dass auch bei geringeren Abweichungen vom Durchschnittspreis ein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegen könne, der zu einer vertieften Angebotsprüfungspflicht des Auftraggebers führe. Der Angebotspreis der Firma B*** GmbH liege nach Abzug von 6 % Rabatt um rd. 1,046 Mio. (rd. 18 %) unter dem nächst billigsten Angebotspreis der Antragstellerin und um rd. 30 % unter dem Mittelwert der Preise der übrigen Bieter. Diese Abweichungen hätten den Auftraggeber zu begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin veranlassen müssen. Auch im Verhältnis zur Leistung stelle der Angebotspreis der Firma B*** GmbH einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis dar. Da die Antragstellerin bereits am untersten Limit kalkuliert habe und die konkreten Leistungspositionen aufgrund der festen Marktpreise keinen großen Spielraum für die Preisgestaltung lassen, sei jedenfalls von einem nicht plausibel zusammen gesetzten Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszugehen. Da es der Auftraggeber trotz Vorliegens von Anzeichen, die Zweifel an der Angemessenheit von Preisen begründen mussten, rechtswidrig unterlassen habe, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, sei der Zuschlag zu Unrecht zugunsten des Angebots der Firma B*** GmbH getroffen worden. Zur fehlenden Eignung werde ausgeführt, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Leistung die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik umfasse. Diese Leistungen würden über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des Paragraph 32, GewO hinausgehen. Zur Erbringung dieser Leistung sei daher insbesondere die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Die Firma B*** GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters ausschließlich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Firma B*** GmbH einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt 8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmer habe gemäß B 8 Punkt 8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen.

Es sei daher zwingend davon auszugehen, dass die Firma B*** GmbH entweder auszuscheiden sei, weil sie mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis ihrer beruflichen Befugnis gemäß § 70 BVergG 2006 nicht erbracht habe oder - für den Fall des Bestehens von Subunternehmern -, weil sie wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuscheiden, sei die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Firma B*** GmbH erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Es sei daher zwingend davon auszugehen, dass die Firma B*** GmbH entweder auszuscheiden sei, weil sie mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis ihrer beruflichen Befugnis gemäß Paragraph 70, BVergG 2006 nicht erbracht habe oder - für den Fall des Bestehens von Subunternehmern -, weil sie wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuscheiden, sei die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Firma B*** GmbH erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Zum drohenden Schaden werde ausgeführt, dass im Fall der Nichtdurchführung dieses Auftrages der Antragstellerin ein Gewinn von mindestens 1 % des Angebots (somit ca. E 59.743,-) entgehen würde. Schließlich drohe ein Schaden in

Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen würde vor allem deswegen ein relevantes Referenzprojekt darstellen, weil der Ausbau der S 6 Semmering Schnellstraße ein in der Öffentlichkeit bekanntes Projekt ist und daher die Durchführung der Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Ganzsteintunnel ein besonders geeignetes Referenzprojekt und somit eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen würde. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung gemäß § 19 Abs 1 BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH auf einen Bieter falle, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Halte die Auftraggeberin ihre Entscheidung, der Firma B*** GmbH den Zuschlag zu erteilen, aufrecht, so werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt. Zum drohenden Schaden werde ausgeführt, dass im Fall der Nichtdurchführung dieses Auftrages der Antragstellerin ein Gewinn von mindestens 1 % des Angebots (somit ca. E 59.743,-) entgehen würde. Schließlich drohe ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen würde vor allem deswegen ein relevantes Referenzprojekt darstellen, weil der Ausbau der S 6 Semmering Schnellstraße ein in der Öffentlichkeit bekanntes Projekt ist und daher die Durchführung der Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Ganzsteintunnel ein besonders geeignetes Referenzprojekt und somit eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen würde. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH auf einen Bieter falle, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Halte die Auftraggeberin ihre Entscheidung, der Firma B*** GmbH den Zuschlag zu erteilen, aufrecht, so werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt.

Das Vorbringen zum Sachverhalt, zu den Rechtswidrigkeiten, zur Rechtzeitigkeit dieses Antrages und zu der uns drohenden Schädigung einschließlich der angebotenen Bescheinigungsmittel werde auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, dass im Fall der Zuschlagserteilung über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung verloren sei. Die Antragstellerin sei damit in ihrem Recht verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. In diesem Fall entstünde auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Darüber hinaus würde die Antragstellerin in diesem Fall einen Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes erleiden.

Zu den Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit werde ausgeführt, dass einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens kein besonderes Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit entgegenstehe. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung des Auftraggebers (VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10 uva.) zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen (vgl. VfGH 25.10.2002, B1369/01 ua.). Wenn diese Möglichkeiten vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet worden sei, könne es nicht zu Lasten eines Bieters gehen. Zu den Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit werde ausgeführt, dass einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens kein besonderes Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit entgegenstehe. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung des Auftraggebers (VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10 uva.) zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen (vergleiche VfGH 25.10.2002, B1369/01 ua.). Wenn diese Möglichkeiten vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet worden sei, könne es nicht zu Lasten eines Bieters gehen.

Mit Schriftsatz vom 29.3.2007 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dem gegenständlichen Vergabebericht sei eindeutig zu entnehmen, dass das Angebot der präsuntiven Bestbieterin gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen sorgfältig geprüft worden sei. Im Zuge der Angebotsprüfung seien zunächst die einzelnen Positionspreise in einem Preisspiegel den

betreffenden Preisen der Mitbieter gegenübergestellt worden. Zugleich sei ein Vergleich mit den Preisen der Kostenschätzung erfolgt. Weiters sei im Zuge der vertieften Angebotsprüfung eine Prüfung auf Höherwertigkeit der Preise gemäß Punkt 4.5.1 des Vergabeberichtes und eine Sensitivitätsanalyse gemäß Punkt 4.5.2 des Vergabeberichtes durchgeführt worden.

Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs seien auch die günstigen Angebotspreise besprochen worden. Das Einladungsschreiben enthalte einen umfangreichen Fragenkatalog zu dem Angebot der Fa. B***. Die Vertreter der potentiellen Zuschlagsempfängerin haben zu allen angefragten Positionen Erklärungen abgegeben und sämtliche im Angebot angeführten (Einheits)Preise bestätigt. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei somit betriebs- und marktwirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und würde kein Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen. Im Prüfungsbericht werde daher eine Vergabe an die potentielle Zuschlagsempfängerin empfohlen.

In der Ausschreibung sei in Teil B.1 Pkt. 1.2.11 bestimmt, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er unter 50% des Preises im Bezug auf den Mittelwert der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Natürlich sei auch im Rahmen der Angebotsprüfung die Einhaltung des in der B.1 definierten Unterpreiskriteriums überprüft worden. Das Angebot der Fa. B*** liege um 25,2 % unter dem o.a. Mittelwert und somit deutlich innerhalb der gesetzten Grenze. In der Ausschreibung sei in Teil B.1 Pkt. 1.2.11 bestimmt, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er unter 50% des Preises im Bezug auf den Mittelwert der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Natürlich sei auch im Rahmen der Angebotsprüfung die Einhaltung des in der B.1 definierten Unterpreiskriteriums überprüft worden. Das Angebot der Fa. B*** liege um 25,2 % unter dem o.a. Mittelwert und somit deutlich innerhalb der gesetzten Grenze.

Der von der Antragstellerin ins Treffen geführte Vergleich der Angebotssummen gehe insofern ins Leere, als dieser rein mathematischer Vergleich lediglich auf die Angebotssummen abstelle, die sonstigen Faktoren jedoch völlig außer acht lasse. Ein rein mathematischer Vergleich sei jedenfalls unzulässig, da eine solche Vorgehensweise in Widerspruch zum freien Wettbewerb stehe und den ökonomischen Fortschritt durch Ausschluss gerade der wirtschaftlich innovativsten Bieter hemmen könnte (EuGH vom 18. Juni 1991, C- 295/89, "impresa Dona Alfonso", EuGH vom 22. Juni 1989, Rs 103188, "Fratelli Costanzo", Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. Jänner 1998, GZ: N-1198-15, sowie vom 27. März 2000, GZ: F-4/99-19).

Zur behaupteten fehlenden Eignung werde entgegnet, dass im Zuge der Angebotsprüfung ua. auch geprüft worden sei, ob die Bieter über die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung verfügen. Die Prüfung habe ergeben, dass die präsumtive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Nach der Bestimmung des § 32 GewO können Gewerbetreibende ua. auch alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vornehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten würden bei maximal ca. 1 - 2 % der Auftragssumme liegen und seien somit als Leistungen geringen Umfangs bzw. als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten zu bezeichnen, die von der Bestimmung des § 32 GewO erfasst seien. Diesbezüglich liege auch eine Stellungnahme der WKO vor. Der Leistungsteil Lüftung stelle eine reine Lieferleistung dar, diesbezüglich sei keine Befugnis des Bieters erforderlich bzw. sei die Befugnis des Lieferanten nicht zu prüfen. Aber selbst wenn die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten nicht unter die Bestimmung des § 32 GewO subsumierbar seien, so habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot, die für die Ausführung dieser Leistungen ins Auge gefassten Subunternehmer angeführt. Zur behaupteten fehlenden Eignung werde entgegnet, dass im Zuge der Angebotsprüfung ua. auch geprüft worden sei, ob die Bieter über die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung verfügen. Die Prüfung habe ergeben, dass die präsumtive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Nach der Bestimmung des Paragraph 32, GewO können Gewerbetreibende ua. auch alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vornehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten würden bei maximal ca. 1 - 2 % der Auftragssumme liegen und seien somit als Leistungen geringen Umfangs bzw. als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten zu bezeichnen, die von der Bestimmung des Paragraph 32, GewO erfasst seien.

Diesbezüglich liege auch eine Stellungnahme der WKO vor. Der Leistungsteil Lüftung stelle eine reine Lieferleistung dar, diesbezüglich sei keine Befugnis des Bieters erforderlich bzw. sei die Befugnis des Lieferanten nicht zu prüfen. Aber selbst wenn die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten nicht unter die Bestimmung des Paragraph 32, GewO subsumierbar seien, so habe die präsumtive Zuschlagempfängerin in ihrem Angebot, die für die Ausführung dieser Leistungen ins Auge gefassten Subunternehmer angeführt.

Im Teil B 8 der Angebotsunterlagen seien als Subunternehmer für die Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. C*** und D***, für die Bauarbeiten die Fa. E*** sowie die Fa. F*** angeführt (Teil B 8 Seiten 23 und 23 a, Beilage 2 a und 2 b). Die präsumtive Bestbieterin habe somit alle Subunternehmer in ihrem Angebot bereits zum Zeitpunkt der Submission bekannt gegeben. Auch wenn die genannten Subunternehmer an der falschen Stelle angeführt seien, stelle dies keinen Ausscheidungsgrund dar. Ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen oder dem Gesetz nicht entspreche, sei nur dann auszuschneiden, wenn der Mangel nicht behoben wurde oder unbehebbar sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes seien nur solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könne. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Nach diesen Grundsätzen könne es sich bei der Angabe der Subunternehmer an einer "falschen" Stelle nur um einen behebbaren Mangel handeln. Es stellt daher keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der die Subunternehmer an der dafür vorgesehenen Stelle eingefügt habe dar, wenn ein Bieter die zum Einsatz vorgesehenen Subunternehmer an einer anderen Stelle angeführt habe.

Aufgrund der Ausführungen werde die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin beantragt.

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

Im Oktober 2006 hat der Auftraggeber ASFINAG die Lieferung und Montage der Betriebs - und Sicherheitstechnischen Ausrüstung für den Bau des Ganzsteintunnels an der S 6 Semmering Schnellstraße im offenen Verfahren als Bauauftrag, CPV 31720000-9, 31527220-4, 45316213-1 und 45331210-1 im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip europaweit ausgeschrieben. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 13.10.2006. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 12.12.2006 festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.12.2006. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 6.389.974,14.-. Neben 3 weiteren Bietern hat die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro 5.974.308,55.- abgegeben. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote, wonach das Angebot der Antragstellerin an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 12.3.2007 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Firma B***GmbH mit einer Vergabesumme von Euro 4.928.308,76.- bekannt gegeben. Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe trotz Vorliegens von Anzeichen eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsumtive Zuschlagempfängerin auszuschneiden, da diese allenfalls mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht oder allenfalls wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. B*** GmbH zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000.- (OZ 4a) bezahlt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeengesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren

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

1. 2. Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 6,389.974,14.-. Der einschlägige Schwellenwert ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 (vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 6,389.974,14.-. Der einschlägige Schwellenwert ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der am 26.3. 2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs 1 und Abs.2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 26.3. 2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 3. Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Abs.2 leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen und hat zu enthalten: Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Absatz 2, leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen und hat zu enthalten:

1. 1.Ziffer eins
die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers,
2. 2.Ziffer 2
eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,
3. 3.Ziffer 3
die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. 4.Ziffer 4
die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. 5.Ziffer 5
die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. 6.Ziffer 6
die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

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

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

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Firma B*** GmbH geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden,

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. Der Auftraggeber sich gegen das Antragsvorbringen ausgesprochen und das Vorbringen der Antragstellerin bestritten, jedoch weder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens vorgebracht noch ein öffentliches Interesse gegen die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung behauptet und sich auch nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Dem Vorbringen des Auftraggebers ist daher entgegenzuhalten, dass über das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen und die vom Auftraggeber geltend gemachte mangelnde inhaltliche Begründetheit im Provisorialverfahren nicht endgültig abzusprechen ist. Es ist zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreichend, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vgl. BVA 25.3.1998, N-8/98-5). Da zudem gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05- 14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vgl BVA 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Firma B*** GmbH geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, 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. Der Auftraggeber sich gegen das Antragsvorbringen ausgesprochen und das Vorbringen der Antragstellerin bestritten, jedoch weder ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens vorgebracht noch ein öffentliches Interesse gegen die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung behauptet und sich auch nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Dem Vorbringen des Auftraggebers ist daher entgegenzuhalten, dass über das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen und die vom Auftraggeber geltend gemachte mangelnde inhaltliche Begründetheit im Provisorialverfahren nicht endgültig abzusprechen ist. Es ist zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreichend, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist vergleiche BVA 25.3.1998, N-8/98-5). Da zudem gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05- 14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen

war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Stattgebung;

Dokumentnummer

VERGT_20070330_N_0026_BVA_03_2007_EV5_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