

TE Verg Bescheid 2007/2/21 N/0012-BVA/07/2007-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.02.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" der Auftraggeberin Papier & Recycling Logistik GmbH, Wiedner Hauptstraße 120, 1050 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 14. Februar 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" der Auftraggeberin Papier & Recycling Logistik GmbH, Wiedner Hauptstraße 120, 1050 Wien, vertreten durch X***, über die Anträge der A***, vertreten durch Y***, vom 14. Februar 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung in diesem Verfahren untersagen", wird insofern stattgegeben, als es der Auftraggeberin untersagt wird, betreffend die Lose 1 bis 6 der Hauptgruppe 2 des Vergabeverfahrens "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 28. März 2007, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften" wurde als Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb am 6.7.2006 im Amtlichen Lieferanzeiger zu L 323407 sowie am 14.7.2006 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2006/S132-141824 bekannt gemacht.

Auftraggeberin ist die Papier & Recycling Logistik GmbH. Gesellschafterin dieser GmbH ist zu einem überwiegenden Teil die Speditions Holding GmbH. Diese steht wiederum im überwiegenden Eigentum der Rail Cargo Austria AG, deren Aktien zu 100% die ÖBB Holding AG hält. Die Anteile der zuletzt genannten AG sind schließlich zur Gänze dem Bund vorbehalten.

Auftragsgegenstand ist die Entsorgung von Abfällen und Reinigung von Tanks der ÖBB-Konzerngesellschaften mit oder ohne Ladearbeiten, Transport bzw sonstiger damit in Verbindung stehender Regieleistungen. Er ist in drei Hauptgruppen gegliedert. Innerhalb der den Verfahrensgegenstand des Nachprüfungsverfahrens bildenden Hauptgruppe 2 erfolgt die Vergabe losweise in Form von Rahmenverträgen.

Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Als Zuschlagskriterien wird einerseits der Gesamtpreis mit maximal 88 erreichbaren Punkten vorgesehen. Der niedrigste Preis erreicht 88 Punkte, dem höchsten Preis werden 43 Punkte zugeordnet. Zwischen den beiden Punktwerten wird linear interpoliert. Zum anderen werden sieben näher benannte Zusatzleistungen mit insgesamt maximal 12 erreichbaren Punkten beurteilt.

Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 3.8.2006. Die Angebote waren sodann bis 18.10.2006 einzureichen. Die Zuschlagsfrist wurde mit 3 Monaten bestimmt. In der Folge fanden im Zeitraum vom 6. - 29.11.2006 drei Verhandlungsrunden statt. Zeitlich bedingt wurde vorerst nur die Hauptgruppe 2 verhandelt. Im Rahmen der zweiten Verhandlungsrunde wurde von der Auftraggeberin unter Punkt 4 der Niederschrift vom 21.11.2006 Folgendes angekündigt:

"4. Im Zuge der Angebotsnachbesserung wird nun das Shortlist-Verfahren durchgeführt. Eine Weiterführung der Verhandlungen wird nur mehr mit den 2 Bestbietern je Los erfolgen. Für deren Ermittlung sind die nachgebesserten Angebote bis Freitag, den 24.11.2006, 10.00 Uhr, zu übersenden."

Am 24.11.2006 teilte die Auftraggeberin einigen Bietern mit, dass sie ihre Angebote nicht weiter berücksichtigen werden könne, da sie die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien (Short-Listing) verringere. Schließlich erfolgte eine Kuvertunde für die Hauptgruppe 2, in der die Antragstellerin ein Hauptangebot für die Lose 1-8, sowie zwei Alternativangebote legte. Am 6.12.2006 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung für die Hauptgruppe 2 bekannt, zog diese jedoch mit Schreiben vom 19.12.2006 wieder zurück. Mit einem weiteren Schreiben vom 19.12.2006 erfolgten Festlegungen und Klarstellungen. Insbesondere wurde der Leistungsbeginn modifiziert und unter Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ÖBB Konzerns für (Dienst-) Leistungen Ausgabe 08.2004 ("AGB DL") Paketabschläge für unzulässig erklärt, das Pauschalpreisangebot (Alternative 3) der Antragstellerin ausgeschieden und eine neuerliche Durchführung einer letzten Angebotsrunde mit 22.12.2006 bestimmt, zu der auch die beim Shortlisting ausgeschiedenen Bieter eingeladen wurden. Diese Frist wurde mit Schreiben vom 21.12.2006 auf den 2.1.2007 verlängert.

Die Antragstellerin brachte in der Folge gegen diese Klarstellungen/Festlegungen beim Bundesvergabeamt einen Nachprüfungsantrag ein. Mit Bescheid vom 26.1.2007, GZ N/0105- BVA/07/2006-42, wurden die Festlegungen, eine neuerliche letzte Angebotsrunde durchzuführen, die Angebotsfrist mit 2.1.2007 festzusetzen und jene Bieter, die beim Shortlisting nicht berücksichtigt wurden, zur Abgabe eines Angebotes einzuladen, für nichtig erklärt. Die darüber hinaus gestellten Begehren, insbesondere auf Nichtigerklärung der Festlegung über die Unzulässigkeit von Alternativangeboten - insbesondere in der Form von Paketabschlägen - und das Ausscheiden des Pauschalangebotes der Antragstellerin wurden abgewiesen.

Mit Schreiben vom 31.1.2007 gab die Auftraggeberin die Entscheidung bekannt, sämtliche Alternativangebote auszuschneiden und die im Rahmen der neuerlichen Letztrunde abgegebenen Angebote nicht zu berücksichtigen. Unter einem gab sie die Zuschlagsentscheidung bekannt, wonach beabsichtigt ist, den Zuschlag für die Lose 1-5 jeweils an die B***, für das Los 6 an die C***, sowie für die Lose 7 und 8 an die Antragstellerin zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 14.2.2007 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit einem Antrag

auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung insgesamt, jedenfalls soweit sie hinsichtlich der Lose 1-6 jeweils der Hauptgruppe 2 getroffen wurde, sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren und Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Vergabeverfahren zu widerrufen sei. Die Fortführung des Vergabeverfahrens nach Nichtigerklärung der Festlegungen der Auftraggeberin vom 19.12.2006 durch das Bundesvergabeamt mit Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf Grundlage der ursprünglich letzten Angebotsrunde vom 4.12.2006 widerspreche den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Sämtliche am Vergabeverfahren Beteiligten seien während der gesamten Verhandlungsphase von der Zulässigkeit von Alternativangeboten in der Form von Paketabschlägen ausgegangen. Erst nach Abgabe der Letztangebote, die nun zur Bewertung herangezogen würden, sei die Auftraggeberin zur Ansicht gelangt, dass Paketabschläge unzulässig seien. Die Bieter hätten im Vertrauen, dass Paketabschläge zulässig seien, ihre nun bewerteten Letztangebote gelegt, diese Angebote wären jedoch, wäre die Unzulässigkeit von Paketabschlägen von vornherein festgestanden, anders ausgefallen. Gerade weil die Auftraggeberin durch ihr Verhalten in den Verhandlungsrunden die Zulässigkeit von Paketabschlägen begründet habe, könne sie nicht nachträglich von ihrer eigenen Auslegung zur Zulässigkeit von Paketabschlägen abgehen. Vermeine die Auftraggeberin, dass sie ein Spruch des Bundesvergabeamtes zwingt, von der eigenen Auslegung der Festlegung in der Ausschreibung abzugehen, erfordere eine solche Änderung zuvor einen Widerruf der Ausschreibung. Die von der Auftraggeberin gewählte Vorgangsweise widerspreche auch dem Prinzip des fairen Wettbewerbs. Sie berücksichtige ein aus dem Zusammenhang mit den Alternativangeboten abgegebenes Angebot der Antragstellerin, das die Antragstellerin in dieser Form nicht abgegeben hätte, wenn sie gewußt hätte, dass alle Bieter nur ein (Haupt-) Angebot legen hätten dürfen.

Ein Widerruf sei auch deshalb zwingend, weil weder aus der Legaldefinition des § 2 Z 26 lit d BVergG noch aus der Ausschreibungsunterlage ersichtlich sei, ob das Zuschlagskriterium "Gesamtpreis" als Preis über alle Lose oder als Preis pro Los zu verstehen sei. Darüber hinaus sei bei der Punktebewertung des Gesamtpreises eine falsche Berechnung durchgeführt worden, da die Auftraggeberin richtigerweise trotz des Shortlistings alle nicht fehlerhaften Angebote in der Angebotsbewertung berücksichtigen hätte müssen. Daher sei die Zuschlagsentscheidung auch inhaltlich rechtswidrig. Weiters hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsentscheidung für die Lose 1-5 wegen mangelnder Befugnis und technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden müssen. Ein Widerruf sei auch deshalb zwingend, weil weder aus der Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 26, Litera d, BVergG noch aus der Ausschreibungsunterlage ersichtlich sei, ob das Zuschlagskriterium "Gesamtpreis" als Preis über alle Lose oder als Preis pro Los zu verstehen sei. Darüber hinaus sei bei der Punktebewertung des Gesamtpreises eine falsche Berechnung durchgeführt worden, da die Auftraggeberin richtigerweise trotz des Shortlistings alle nicht fehlerhaften Angebote in der Angebotsbewertung berücksichtigen hätte müssen. Daher sei die Zuschlagsentscheidung auch inhaltlich rechtswidrig. Weiters hätte das Angebot der präsumtiven Zuschlagsentscheidung für die Lose 1-5 wegen mangelnder Befugnis und technischer Leistungsfähigkeit ausgeschieden werden müssen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens sowie in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes auch hinsichtlich der Lose 1-6 verletzt.

Halte die Auftraggeberin ihre Entscheidung aufrecht, entgehe der Antragstellerin als Bestbieterin ein Gewinn einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. Euro 96.000,--. Darüber hinaus entstünden frustrierte Angebotslegungskosten von zumindest Euro 30.000,--. Soweit aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen. Weiters sei der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes ins Treffen zu führen.

Da die Stillhaltefrist bereits am 14.2.2007 ende, hätte die Auftraggeberin ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe, da eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünde weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch würden Interessen der beteiligten Bieter und des Auftraggebers überwiegen. Ein besonderes öffentliches Interesse am unmittelbaren Schutz von im Vergleich zu den Bieterinteressen höherwertigen Rechtsgütern, wie z.B. Leib und Leben oder Gesundheit und Eigentum, liege offensichtlich nicht vor. Eine besondere Dringlichkeit sei nicht gegeben, was sich auch daraus ergebe, dass die Auftraggeberin ein zweistufiges Verhandlungsverfahren gewählt und mehrere Verhandlungsrunden abgehalten habe. Auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien lasse kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens erkennen. Ein gewissenhafter Auftraggeber müsse überdies eine mit einem Nachprüfungsverfahren einhergehende Zeitverzögerung bei seiner zeitlichen Planung berücksichtigen. Darüber hinaus bestehe ein aufrechter Entsorgungsauftrag mit der bisherigen Auftragnehmerin. Insofern müsse eine Interessenabwägung jedenfalls zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

Die Auftraggeberin äußerte sich vorerst zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Stellungnahme vom 19.2.2007. Neben allgemeinen Auskünften zum Vergabeverfahren brachte die Auftraggeberin vor, dass der beantragten Maßnahme ein besonderes öffentliches Interesse, nämlich einerseits der Schutz von Gesundheit und Leben der Bevölkerung und andererseits die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Eisenbahn- und Güterverkehrs entgegenstünde. Die verfahrensgegenständliche Hauptgruppe 2 umfasse die Entsorgung nahezu sämtlicher gefährlicher und nicht gefährlicher Abfälle einschließlich Transport und Abfallbehälterbereitstellung in sämtlichen Bahnhöfen, Zügen, Werkstätten, Betriebs- und Wohngebäuden sämtlicher Gesellschaften des ÖBB-Konzerns, welche regelmäßig zu erfolgen habe. Eine Unterbrechung der durchgehenden Abfallversorgung von mehr als 30 Tagen würde die Revisions- und Instandhaltungsarbeiten im Bereich der Sicherungsanlagen, Personen- und Güterwagen und Triebfahrzeuge so stark beeinträchtigen, dass dadurch betriebliche Unlösbarkeiten entstünden. Insbesondere eine Unterbrechung bei der Entleerung der WC Anlagen hätte zur Folge, dass einzelne Wagen und Züge abgestellt und mitunter auch internationale Verbindungen ausgesetzt werden müssten. Darüber hinaus wären auch die WC Anlagen in den Betriebsstätten des ÖBB Konzerns und in den Wohnanlagen der ÖBB Mitarbeiter betroffen.

Gesundheitsgefährdende Auswirkungen, eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit sowie Einschränkungen im Personen- und Güterverkehr wären die Folge einer allfälligen Unterbrechung der Abfallentsorgung. Die Auftraggeberin räumte allerdings auch ein, dass sich die bisherigen Vertragspartner zur zwischenzeitigen Fortführung der Verträge bereit erklärt hätten. Allerdings ende dieses Provisorium bereits Ende April 2007.

Die Auftraggeberin führte weiters aus, dass zwar die Zeiten für Nachprüfungsverfahren vom Auftraggeber bei der Zeitplanung des Vergabeverfahrens einzuplanen seien, im gegenständlichen Fall strenge die Antragstellerin jedoch bereits das zweite Nachprüfungsverfahren an. Durch wiederholte Nachprüfungsverfahren verursachte Zeitverzögerungen seien auch für einen verständigen Auftraggeber nicht vorhersehbar, darüber hinaus stehe bereits auf Grund der Aktenlage fest, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht durchdringen werde:

So gehe die Behauptung der Antragstellerin, sie hätte im Vertrauen auf die Zulässigkeit von Paketabschlägen höhere Hauptangebote gelegt, ins Leere. Wie auch das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung bestätigte, waren Paketangebote unzulässig. Darüber hinaus könne sich die Antragstellerin bei Legung ihres Hauptangebotes keinesfalls darauf verlassen, dass ihr Paketangebot den Zuschlag erhalte.

Der Preis (wie auch die anderen Zuschlagskriterien) beziehe sich in allen drei Hauptgruppen auf das jeweilige Los. Selbst wenn man darunter den Gesamtpreis über alle Lose verstünde, müsste man zur Ermittlung des günstigsten Gesamtpreises die jeweils günstigsten Losangebote addieren, sodass auch die Auslegung der Antragstellerin zu keinem anderen Ergebnis führen könne. Schließlich hätte selbst eine Berücksichtigung der shortgelisteten Angebote iRd Bestbieterermittlung zu keinem anderen Ergebnis geführt.

Weiters erfülle die B*** sämtliche Anforderungen. Darüber hinaus habe die Antragstellerin nachweislich seit der ersten (zurückgenommenen) Zuschlagsentscheidung Kenntnis davon, dass die B*** zur Abgabe von Angeboten aufgefordert worden ist. Da die Antragstellerin die Aufforderung zur Angebotsabgabe hinsichtlich der B*** nicht angefochten hat, sei diese Entscheidung bestandsfest und könne im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren von der Antragstellerin nicht mehr aufgegriffen werden.

Der geschätzte Auftragswert aller Lose (Hauptgruppen 1, 2 und 3) wurde von der Auftraggeberin mit Euro 30.000.000,-- (exkl. USt) beziffert, jener für die Hauptgruppe 2 mit Euro 10.500.000,-- (exkl. USt). Im gegenständlichen, die Hauptgruppe 2 betreffenden Vergabeverfahren wurde weder der Zuschlag erteilt noch ein Widerruf des

Vergabeverfahrens ausgesprochen.

Die Auftraggeberin beantragte die Ab-, in eventu die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

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

Die Papier & Recycling Logistik GmbH ist als Sektorenauftraggeberin zu qualifizieren (vgl. BVA vom 26. Jänner 2007, N/0105-BVA/06-2006-42). Die Papier & Recycling Logistik GmbH ist als Sektorenauftraggeberin zu qualifizieren vergleiche BVA vom 26. Jänner 2007, N/0105-BVA/06-2006-42).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG einzustufen und der Kategorie 16 (Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen) des Anhanges III zuzuordnen. Es handelt sich somit um eine prioritäre Dienstleistung. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin für sämtliche Lose der Hauptgruppe 2 Euro 10.500.000,-- (exkl. USt), sodass es sich gemäß § 180 Abs. 1 Z 1 iVm § 181 Abs. 1 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG einzustufen und der Kategorie 16 (Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen) des Anhanges römisch drei zuzuordnen. Es handelt sich somit um eine prioritäre Dienstleistung. Das Vergabeverfahren wird als Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin für sämtliche Lose der Hauptgruppe 2 Euro 10.500.000,-- (exkl. USt), sodass es sich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 181, Absatz eins, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs. 3 und 4 BVergG). Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidungen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit.a sublit.dd. BVergG. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 19.2.2007 weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Behandlung der Anträge grundsätzlich zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG). Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidungen die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 19.2.2007 weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Behandlung der Anträge grundsätzlich zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß § 329 Abs. 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel

führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2007 behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich. Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin beabsichtigt ist, den Zuschlag betreffend die Lose 1-5 der B***, für das Los 6 der C*** und für die Lose 7 und 8 der Antragstellerin zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass die Antragstellerin für den Zuschlag zusätzlicher Lose der Hauptgruppe 2 in Betracht kommen würde bzw die Ausschreibung zu widerrufen sei, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 1-6 abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung zumindest im Hinblick auf einzelne zusätzliche Lose der Hauptgruppe 2 an die Antragstellerin bzw einen Widerruf der Ausschreibung ermöglicht. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2007 behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von

Seiten der Auftraggeberin beabsichtigt ist, den Zuschlag betreffend die Lose 1-5 der B***, für das Los 6 der C*** und für die Lose 7 und 8 der Antragstellerin zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass die Antragstellerin für den Zuschlag zusätzlicher Lose der Hauptgruppe 2 in Betracht kommen würde bzw die Ausschreibung zu widerrufen sei, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 1-6 abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung zumindest im Hinblick auf einzelne zusätzliche Lose der Hauptgruppe 2 an die Antragstellerin bzw einen Widerruf der Ausschreibung ermöglicht.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist: Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6). Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist: Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6).

Die von der Auftraggeberin gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ins Treffen geführten besonderen öffentlichen Interessen, nämlich gesundheitsgefährdende Auswirkungen, eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit sowie Einschränkungen im Personen- und Warenverkehr erscheinen zwar nicht unplausibel, stellen sich aber insgesamt als allgemeine Behauptungen dar, die eines geeigneten Nachweises entbehren. Insofern kann dieses Vorbringen nicht entsprechend nachvollzogen und der Interessenabwägung zugrunde gelegt werden (siehe etwa BVA vom 28.12.2006, N/0105-BVA/07/2006-EV11). Abgesehen davon räumt die Auftraggeberin ein, dass die bisherigen Vertragspartner sich zur Fortführung der bestehenden Verträge bis Ende April 2007 bereit erklärt haben.

Gegen eine nunmehr behauptete besondere Dringlichkeit spricht auch die Rücknahme der Zuschlagsentscheidung und die neuerliche Aufforderung zur Legung von Angeboten im Rahmen einer Kuvertunde sowie die mit Schreiben vom 19. Dezember 2006 getroffene Festlegung, dass die Laufzeit der Vereinbarungen betreffend die Hauptgruppe 2 vom 1. Jänner 2007 auf den der Zuschlagserteilung folgenden Monatsersten unter Einhaltung einer mindestens zweiwöchigen Ankündigungsfrist abgeändert wird. Dem Einwand der Auftraggeberin, durch wiederholte Nachprüfungsanträge verursachte Verzögerungen seien auch für einen verständigen Auftraggeber nicht vorhersehbar, ist entgegenzuhalten, dass Auftraggeber insbesondere bei Projekten mit einem hohen Auftragsvolumen eine mehrmalige Anfechtung einzuberechnen haben. Darüber hinaus wurde dem ersten Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.1.2007, GZ N/0105-BVA/07/2006-42, teilweise stattgegeben, sodass eine durch eine rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers bedingte Verzögerung des Vergabeverfahrens den Antragsteller nicht in seinem Rechtsschutz beschneiden darf.

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

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der

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

Die Antragstellerin beantragte generell die Untersagung der Zuschlagserteilung. Soweit sich dieser Antrag jedoch auf die Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 7 und 8 der Hauptgruppe 2 bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass bezüglich dieser Lose die Antragstellerin als präsumtive Zuschlagsempfängerin bestimmt ist. Daher droht der Antragstellerin hinsichtlich der Lose 7 und 8 keine Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber, weshalb diesbezügliche Interessen der Antragstellerin weder geschädigt sind, noch eine Schädigung droht. Die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 7 und 8 erscheint daher iSd § 328 Abs 1 BVergG weder nötig noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die Antragstellerin beantragte generell die Untersagung der Zuschlagserteilung. Soweit sich dieser Antrag jedoch auf die Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 7 und 8 der Hauptgruppe 2 bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass bezüglich dieser Lose die Antragstellerin als präsumtive Zuschlagsempfängerin bestimmt ist. Daher droht der Antragstellerin hinsichtlich der Lose 7 und 8 keine Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber, weshalb diesbezügliche Interessen der Antragstellerin weder geschädigt sind, noch eine Schädigung droht. Die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich der Lose 7 und 8 erscheint daher iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG weder nötig noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern.

Zur Dauer der begehrten Maßnahme ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer mit 28. März 2007 zu befristen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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