

TE Verg Bescheid 2007/1/4 N/0107-BVA/09/2006-EV15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.01.2007

Norm

BVergG 2006 §328

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 durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Wolfgang Pointner, im Verfahren über den Antrag der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von 12 Stk vollautomatischen, Sprengstoff erkennenden Röntgenanlagen mit Bildschirmarbeitsplätzen zur Gepäckskontrolle für den Flughafen Wien" der Auftraggeberin Flughafen Wien Aktiengesellschaft, 1300 Wien - Flughafen, Postfach 1, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, dass "der Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen," wird insofern stattgegeben, als der Flughafen Wien Aktiengesellschaft für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 und 329 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328 und 329 BVergG 2006

1. 1.Ziffer eins

BEGRÜNDUNG

Die A*** GmbH, im folgenden Antragstellerin genannt, vertreten durch X*** Rechtsanwälte, brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 29. Dezember 2006 beim Bundesvergabeamt ein. Er betrifft das Vergabeverfahren "Lieferung und Montage von 12 Stk vollautomatischen, Sprengstoff erkennenden Röntgenanlagen mit Bildschirmarbeitsplätzen zur Gepäckskontrolle für den Flughafen Wien" der Flughafen Wien Aktiengesellschaft, 1300 Wien - Flughafen, Postfach 1. Es sind die Erlassung einer einstweiligen

Verfügung wie im Spruch wieder gegeben, die nicht Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.12.2006 sowie der Ersatz der Pauschalgebühren u. a. beantragt.

In ihrem Antrag vom 29.12.2006 brachte die Antragstellerin wie folgt vor:

Die Auftraggeberin habe den gegenständlichen Auftrag (Lieferung und Montage von 12 Stk vollautomatischen, Sprengstoff erkennenden Röntgenanlagen mit Bildschirmarbeitsplätzen zur Gepäckskontrolle für den Flughafen Wien) als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung sei am 13.7.2006 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaft, ABL 2006/S 131-149700 erfolgt.

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag gestellt und sei zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Gemäß den Ausschreibungsunterlagen solle die Zuschlagserteilung nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt. Mit Telefax vom 19.12.2006, sei der Auftraggeberin bekannt gegeben worden:

"Nach abgeschlossener Prüfung, Bewertung und Reihung der Angebote beabsichtigen wir gemäß § 272 BVergG den Zuschlag an den Bestbieter Fa.B*** GmbH zu erteilen." Nach abgeschlossener Prüfung, Bewertung und Reihung der Angebote beabsichtigen wir gemäß Paragraph 272, BVergG den Zuschlag an den Bestbieter Fa.B*** GmbH zu erteilen.

Vergabesumme Bestangebot: Euro 4.580.000,00

Bewertung des Bestangebotes: Gesamtpunkteanzahl 810,86

Bewertung Ihres Angebots: Gesamtpunkteanzahl 720,26

Aus diesen Gründen bedauern wir Ihnen mitteilen zu müssen, dass wir dieses Mal Ihr Angebot nicht annehmen können."

Mit Schreiben vom 22.12.2006 habe die Antragstellerin die Auftraggeberin aufgefordert, eine gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung zu fällen und insbesondere auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Eine Beantwortung dieses Schreibens sei nicht erfolgt. Mit Telefaxschreiben vom 22.12.2006 habe die Auftraggeberin eine Bewertungstabelle übermittelt, eine verbale Begründung sei nicht erfolgt.

Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages führt die Antragstellerin aus, dass die Flughafen Wien AG Sektorenauftraggeberin nach § 163 iVm § 172 BVergG 2006 sei. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung sei das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Angefochten würde die - gesondert anfechtbare - rechtswidrige Zuschlagsentscheidung iSv § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006. Die Antragstellerin habe die Pauschalgebühr sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag einer einstweiligen Verfügung entrichtet. Sollte der Antragstellerin der Zuschlag nicht erteilt werden, obwohl ihr Angebot als billigstes zu ermitteln gewesen wäre, drohe ihr ein Schaden in Höhe des brachenüblichen entgangenen Gewinns (rd. 5% des Auftragswertes). Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages führt die Antragstellerin aus, dass die Flughafen Wien AG Sektorenauftraggeberin nach Paragraph 163, in Verbindung mit Paragraph 172, BVergG 2006 sei. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung sei das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Angefochten würde die - gesondert anfechtbare - rechtswidrige Zuschlagsentscheidung iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006. Die Antragstellerin habe die Pauschalgebühr sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag einer einstweiligen Verfügung entrichtet. Sollte der Antragstellerin der Zuschlag nicht erteilt werden, obwohl ihr Angebot als billigstes zu ermitteln gewesen wäre, drohe ihr ein Schaden in Höhe des brachenüblichen entgangenen Gewinns (rd. 5% des Auftragswertes).

Darüber hinaus seien der Antragstellerin auch umfassende Angebotserstellungskosten (rd. Euro 150.000,--) entstanden. Bestandteil des drohenden Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die derzeit rd. Euro 5.000,-- betragen würden.

Darüber hinaus entginge der Antragstellerin die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergaben. Die Antragstellerin habe als Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Sie habe im vorliegenden Verfahren rechtzeitig ein Angebot gelegt. Bereits dadurch habe sie ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Ihr Interesse am Vertragsabschluss würde schließlich auch durch diesen Nachprüfungsantrag bestätigt. Der Antragstellerin wäre im Übrigen als Bieterin im vorliegenden Vergabeverfahren der Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin würde durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und vergaberechtskonforme Bewertung der Angebote, in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung und in ihrem Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagserteilung auf ihr Angebot, verletzt.

Zu den Vergabeverstößen führt die Antragstellerin aus, dass die Punktevergabe durch die Auftraggeberin falsch gewesen wäre. Weiters habe in dem Subkriterium "technische Qualität" die Antragstellerin jeweils das beste Angebot gelegt, weshalb diese jedenfalls die höchste Punkteanzahl erhalten hätte müssen und somit auch die höchste Gesamtpunkteanzahl.

Weiters habe die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung nicht verbal begründet und auch nicht die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt gegeben.

Zur Begründung ihres Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die Antragstellerin aus, dass die einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Ihr Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung begründe sich insbesondere darauf, dass die Antragstellerin nach Erteilung des Zuschlages mit dem Rechtsschutzinstrumentarium BVergG 2006 nicht mehr in das Vertragsverhältnis zwischen der Auftraggeberin und dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger eingreifen könne; dies obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren aufgrund der geschilderten Vergabeverstöße mit gravierenden Mängeln behaftet sei, die im Ergebnis den Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung umgehen würden. Im Fall der Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreites. Dazu komme, dass schon allein aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und damit verbundener Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre. Im gegenständlichen Vergabeverfahren würde das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin überwiegen. Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründe sich insbesondere darauf, dass der Antragstellerin der Entgang des Auftrages, sohin entgangener Gewinn, Frustration der Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen und Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren drohen würden.

Gemäß BVergG 2006 seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass jeder umsichtige Auftraggeber bei der Gestaltung des Zeitplanes Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einplanen müsse.

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Damit würde es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme handeln.

In ihrer Stellungnahme vom 3. Jänner 2007 führt die Auftraggeberin wie folgt aus:

In der bezeichneten Rechtssache habe die Auftraggeberin, Flughafen Wien AG, 1300 Wien - Flughafen, Postfach 1, Y*** Partnerschaft von Rechtsanwälten, mit der Vertretung bevollmächtigt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die Auftraggeberin aus, dass sie darauf hinweise, dass der Antrag überschießend formuliert sei. Die Antragstellerin begehre die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, jedenfalls aber für die Dauer von sechs Wochen. Über Anträge auf Nichtigterklärung von Auftraggeberentscheidungen habe das Bundesvergabeamt gemäß § 326 BVergG unverzüglich, spätestens aber sechs Wochen ab Einlangen des Antrages zu entscheiden. Dabei handle es sich also um eine Höchstfrist, die vom Bundesvergabeamt angesichts der primären gesetzlichen Vorgaben einer unverzüglichen Entscheidung nicht in jedem Fall ausgeschöpft werden müsse. Die Beantragung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von jedenfalls sechs Wochen würde diesem Umstand nicht Rechnung tragen und führe dazu, dass die Auftraggeberin auch bei Abweisung des Nachprüfungsantrages weiterhin an der Zuschlagserteilung gehindert wäre. Gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG habe ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jedenfalls auch die genaue

Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen zu enthalten. Das Vorbringen der Antragstellerin über den angeblich drohenden bzw. bereits eingetretenen Schaden beschränke sich dem gegenüber auf eine bloße Behauptung bestimmter Schadensbeträge, ohne dass diese näher substantiiert oder bescheinigt würden. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die Auftraggeberin aus, dass sie darauf hinweise, dass der Antrag überschießend formuliert sei. Die Antragstellerin begehre die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, jedenfalls aber für die Dauer von sechs Wochen. Über Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen habe das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 326, BVergG unverzüglich, spätestens aber sechs Wochen ab Einlangen des Antrages zu entscheiden. Dabei handle es sich also um eine Höchstfrist, die vom Bundesvergabeamt angesichts der primären gesetzlichen Vorgaben einer unverzüglichen Entscheidung nicht in jedem Fall ausgeschöpft werden müsse. Die Beantragung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von jedenfalls sechs Wochen würde diesem Umstand nicht Rechnung tragen und führe dazu, dass die Auftraggeberin auch bei Abweisung des Nachprüfungsantrages weiterhin an der Zuschlagserteilung gehindert wäre. Gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG habe ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jedenfalls auch die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen zu enthalten. Das Vorbringen der Antragstellerin über den angeblich drohenden bzw. bereits eingetretenen Schaden beschränke sich dem gegenüber auf eine bloße Behauptung bestimmter Schadensbeträge, ohne dass diese näher substantiiert oder bescheinigt würden.

Die von der Antragstellerin ins Treffen geführten Kosten der bisherigen Teilnahme am Vergabeverfahren seien überdies bereits eingetreten und könnten auch durch die Erlassung der begehrten vorläufigen Maßnahme nicht mehr abgewendet werden. Bei der Interessenabwägung seien sie daher nicht zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin behaupte eine unrichtige Bewertung der Angebote. Ihr diesbezügliches Vorbringen erschöpfe sich allerdings in der Behauptung, sie selbst hätte jeweils eine höhere, die in Aussicht genommene Bestbieterin hingegen jeweils eine niedrigere Punktezahl erhalten müssen. Diese behaupteten Rechtswidrigkeiten in der Bewertung würden nicht vorliegen, was auch aus der von der Antragstellerin selbst vorgelegten Bewertungstabelle evident hervorgehe.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG habe das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicher Weise geschädigten Interessen des Auftraggebers und der übrigen Bieter mit zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall würden auch folgende Interessen des Auftraggebers der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen: Die derzeit beschafften Röntgenanlagen bzw. deren technische Merkmale und Ausmaße hätten direkten Einfluss auf den weiteren Ausbau der Gepäckzentrale und der dazu gehörigen Förderstrecken auf dem Flughafen Wien. Die Beschaffung des Gepäckfördersystems sei derzeit bereits abgeschlossen und der entsprechende Auftrag bereits erteilt. Die weitere Planung und der Bau durch den beauftragten Professionisten sei allerdings erst dann möglich, wenn weitere spezifische Parameter feststünden. Dazu würden u.a. auch die technischen Merkmale und die Größe der konkret zum Einsatz kommenden Röntgenanlagen zählen, da diese Faktoren von Anbieter zu Anbieter variieren würden. Die weitere Planung und der Ausbau des Gepäckfördersystems wäre ohne die raschest mögliche Bekanntgabe dieser Daten gefährdet. Dadurch entstünden der Auftraggeberin Kosten für Stehzeiten und Verzögerungen beim weiteren Ausbau des Gepäcksystems, welche den von der Antragstellerin behaupteten Schaden jedenfalls übersteigen würden. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG habe das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicher Weise geschädigten Interessen des Auftraggebers und der übrigen Bieter mit zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall würden auch folgende Interessen des Auftraggebers der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen: Die derzeit beschafften Röntgenanlagen bzw. deren technische Merkmale und Ausmaße hätten direkten Einfluss auf den weiteren Ausbau der Gepäckzentrale und der dazu gehörigen Förderstrecken auf dem Flughafen Wien. Die Beschaffung des Gepäckfördersystems sei derzeit bereits abgeschlossen und der entsprechende Auftrag bereits erteilt. Die weitere Planung und der Bau durch den beauftragten Professionisten sei allerdings erst dann möglich, wenn weitere spezifische Parameter feststünden. Dazu würden u.a. auch die technischen Merkmale und die Größe der konkret zum Einsatz kommenden Röntgenanlagen zählen, da diese Faktoren von Anbieter zu Anbieter variieren würden. Die weitere

Planung und der Ausbau des Gepäckfördersystems wäre ohne die raschest mögliche Bekanntgabe dieser Daten gefährdet. Dadurch entstünden der Auftraggeberin Kosten für Stehzeiten und Verzögerungen beim weiteren Ausbau des Gepäcksystems, welche den von der Antragstellerin behaupteten Schaden jedenfalls übersteigen würden.

In ihrer Stellungnahme vom 3. Jänner 2007 führt die Antragsgegnerin B*** GmbH, vertreten durch Z*** Rechtsanwälte, aus, dass das Bundesvergabeamt vor Erlassung der einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicher Weise 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 habe.

Gemäß § 328 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 sei der durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene bzw. zu entstehen drohende Schaden genau darzulegen. Dies habe die Antragstellerin unterlassen. Im Übrigen seien die "derzeitigen" Kosten der Antragstellerin für die Angebotserstellung und die rechtsfreundliche Vertretung nach Angaben der Antragstellerin bereits entstanden und seien daher im Zusammenhang mit der einstweiligen Verfügung nicht zu berücksichtigen. Andererseits drohe der Antragsgegnerin aus dem Erlass der einstweiligen Verfügung und der dadurch resultierenden Verzögerung der Zuschlagserteilung alleine im Hinblick auf das Wechselkursrisiko ein erheblicher Schaden. Dieser Schaden würde die Schäden der Antragstellerin überwiegen. Gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2006 sei der durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene bzw. zu entstehen drohende Schaden genau darzulegen. Dies habe die Antragstellerin unterlassen. Im Übrigen seien die "derzeitigen" Kosten der Antragstellerin für die Angebotserstellung und die rechtsfreundliche Vertretung nach Angaben der Antragstellerin bereits entstanden und seien daher im Zusammenhang mit der einstweiligen Verfügung nicht zu berücksichtigen. Andererseits drohe der Antragsgegnerin aus dem Erlass der einstweiligen Verfügung und der dadurch resultierenden Verzögerung der Zuschlagserteilung alleine im Hinblick auf das Wechselkursrisiko ein erheblicher Schaden. Dieser Schaden würde die Schäden der Antragstellerin überwiegen.

Das von der Antragstellerin ins Treffen geführte Rechtsschutzinteresse relativiere sich dadurch, dass die Antragstellerin es unterlassen habe, die vermeintliche Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Auftraggeberin darzulegen. Insofern sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch nicht gesetzmäßig ausgeführt, da eine genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit iSd § 328 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 fehle. Das von der Antragstellerin ins Treffen geführte Rechtsschutzinteresse relativiere sich dadurch, dass die Antragstellerin es unterlassen habe, die vermeintliche Rechtswidrigkeit des Vorgehens der Auftraggeberin darzulegen. Insofern sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch nicht gesetzmäßig ausgeführt, da eine genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit iSd Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 fehle.

Es entstehe vielmehr der Eindruck, dass die Antragstellerin nicht an dem Vertragsabschluss selbst interessiert sei. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag absehbar nicht durchdringen würde, überwiege das Interesse der Antragsgegnerin an einer raschen Zuschlagserteilung.

Eine rasche Zuschlagserteilung würde letztlich auch dem steigenden Sicherheitsbedürfnis der Flugpassagiere entsprechen. Insofern sei auch ein öffentliches Interesse an einer möglichst raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens gegeben.

1. 1. Ziffer eins

Rechtliche Würdigung

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Auftraggeberin ist die Flughafen Wien AG. Sie ist Sektorenauftraggeberin iSd §§ 163 und 172 BVergG 2006.

Mangels bisheriger Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Angefochten wird die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung iSv § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006. Die Auftraggeberin ist die Flughafen Wien AG. Sie ist Sektorenauftraggeberin iSd Paragraphen 163 und 172 BVergG 2006. Mangels bisheriger Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Angefochten wird die gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung iSv Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006.

Zulässigkeit des Antrages:

Die gegenständliche Ausschreibung unter der Bezeichnung laut Ausschreibung "Lieferung und Montage von vollautomatischen, Sprengstoff erkennenden Röntgenanlagen mit mindestens zwei Betrachtungswinkeln" erfolgte im

Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb. Es handelt sich dabei um einen Lieferauftrag iSd §§ 5 iVm 174 BVergG. Es liegt eine Beschaffung im Oberschwellenbereich gemäß § 180 BVergG vor. Der geschätzte Auftragswert exklusive USt. beträgt Euro 12 Mio. Eine Beschaffung in Losen war laut Ausschreibung nicht vorgesehen. Die 12 zu beschaffenden Röntgengeräte stellen vielmehr ein untrennbares Gesamtsystem dar. Der Antrag wurde innerhalb der Antragsfristen des § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 eingebracht. Er wurde zusammen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung fristgerecht eingebracht und genügt den formalen Anforderungen. Er ist daher zulässig. Die Frage der Richtigkeit der Angebotsbewertung auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung ist nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern ist dem Nachprüfungsverfahren vorbehalten. Die gegenständliche Ausschreibung unter der Bezeichnung laut Ausschreibung "Lieferung und Montage von vollautomatischen, Sprengstoff erkennenden Röntgenanlagen mit mindestens zwei Betrachtungswinkeln" erfolgte im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb. Es handelt sich dabei um einen Lieferauftrag iSd Paragraphen 5, in Verbindung mit 174 BVergG. Es liegt eine Beschaffung im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, BVergG vor. Der geschätzte Auftragswert exklusive USt. beträgt Euro 12 Mio. Eine Beschaffung in Losen war laut Ausschreibung nicht vorgesehen. Die 12 zu beschaffenden Röntgengeräte stellen vielmehr ein untrennbares Gesamtsystem dar. Der Antrag wurde innerhalb der Antragsfristen des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 eingebracht. Er wurde zusammen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung fristgerecht eingebracht und genügt den formalen Anforderungen. Er ist daher zulässig. Die Frage der Richtigkeit der Angebotsbewertung auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung ist nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern ist dem Nachprüfungsverfahren vorbehalten. Zur einstweiligen Verfügung:

Nach § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 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. Nach Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 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.

Nach § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicher Weise 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. Nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicher Weise 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.

Nach § 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. Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche die 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. Nach 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer

einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche die Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Die Antragstellerin macht zusammengefasst die Interessen an der Erlangung des gegenständlichen Auftrages gestützt auf eine im Nachprüfungsverfahren zu klärende behauptete Rechtswidrigkeit der Angebotsbewertung geltend. Im Fall des Zutreffens der Behauptungen der Antragstellerin wäre die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Eine Zuschlagserteilung würde ihre Möglichkeit, einen Vertrag abzuschließen, endgültig beseitigen.

Die Auftraggeberin macht als Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen, im Wesentlichen die Verzögerung des Gesamtvorhabens geltend. Darüber hinaus behauptet sie ein öffentliches Interesse am Ausbau des Flughafens Wien Schwechat. Der Antragstellerin ist zuzugestehen, dass sie ein massives Interesse an der Erlangung des gegenständlichen Auftrages hat. Sie hat ein Angebot gelegt. Das Interesse am Abschluss des Vertrages mit dem "Bestbieter" ist jenes Interesse, das durch Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz in erster Linie geschützt wird. Welches nun das beste Angebot ist, kann unter Zugrundelegung der vorgenommenen Angebotsbewertung und der Behauptungen der Antragstellerin zum derzeitigen Zeitpunkt nicht gesagt werden, sondern ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Grundsätzlich ist der Antragstellerin auch zuzugestehen, dass ein Auftraggeber die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen muss. Die Auftraggeberin macht in erster Linie den Verzögerungsschaden geltend. Darüber hinaus sieht sie ein öffentliches Interesse an der Erweiterung des Flughafens. Diesbezüglich ist anzugeben, dass lediglich das reibungslose Funktionieren des Flugverkehrs von einem öffentlichen Interesse umfasst sein kann. Wieweit der Ausbau dringend erforderlich ist, um die Funktion des Flughafens zu gewährleisten, hat sie nicht näher ausgeführt oder belegt.

Schließlich sind das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01, BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10) und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (z.B. BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25) zu berücksichtigen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat naturgemäß ein Interesse an einer möglichst raschen Zuschlagserteilung, die plangemäß nur bei Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann. Sie hat - ebenso wie die Antragstellerin und andere Bieter - Vorhaltekosten zu tragen, die sich durch jede Verzögerung erhöhen. Dies trifft jedoch nicht nur die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, sondern alle Bieter. Auf das von der Antragsgegnerin vorgebrachte Risiko einer Veränderung der Wechselkurse und dem daraus resultierenden Interesse an Vermeidung von Mehrbelastungen ist entgegenzuhalten, dass sich Wechselkurse nicht bloß in eine Richtung verändern können. Theoretisch wäre es daher auch denkbar, dass sich der Wechselkurs in den kommenden Wochen derart ändert, dass der Antragsgegnerin aus der beantragten einstweiligen Verfügung ein Vorteil entsteht. Wie bereits dargestellt, sind im Rahmen der Interessensabwägung nicht bloß die in Geld bewertbaren Interessen zu berücksichtigen. Würde sich die Interessensabwägung lediglich auf die von der Auftraggeberin vorgebrachten Kosten für Stehzeiten und Verzögerungen beim weiteren Ausbau des Gepäcksystems stützen, käme eine Erlassung einer einstweiligen Verfügung wohl in den seltensten Fällen in Betracht. Dies würde den vergaberechtlichen Rechtsschutz aushöhlen und auf die Ebene von Schadenersatzansprüchen verlagern. Der europarechtliche gebotene Primärrechtsschutz wäre nahezu nicht möglich. Eine rein "ökonomische" Abwägung der Interessen kann daher nicht Platz greifen (BVA 27.8.1997, N-16/97-5, BVergG Slg 24.7). Es ergibt sich daher ein Überwiegen der Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen am Unterbleiben derselben.

Als anzuordnende Maßnahme beantragte die Antragstellerin das Verbot der Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Die Zuschlagserteilung zu untersagen, stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maße beschränkt. Daher handelt es sich auch um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG 2006. Als anzuordnende Maßnahme beantragte die Antragstellerin das Verbot der Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an

die bekannt gegebene in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Die Zuschlagserteilung zu untersagen, stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maße beschränkt. Daher handelt es sich auch um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006.

Dokumentnummer

VERGT_20070104_N_0107_BVA_09_2006_EV15_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