

TE Verg Bescheid 2006/10/17 N/0082-BVA/14/2006-09

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.10.2006

Norm

BVergG 2006 §329

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat am 17.10.2006 durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senats 14 gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 Mag. Reinhard Grasböck gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 betreffend die öffentliche Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (=ASFINAG) und deren Vergabeverfahren in Form eines offenen Verfahrens mit der Bezeichnung "S 33, St Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375 bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung", zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im ABl vom 28.9.2006, 2006/S 185-196362) über den am 12.10.2006 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die durch X*** Rechtsanwälte vertretene Bietergemeinschaft bestehend aus 1. MF*** und 2. Mt*** (, beide Mitglieder dieser Bietergemeinschaft situiert in Italien,) wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 17.10.2006 durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senats 14 gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 Mag. Reinhard Grasböck gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend die öffentliche Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (=ASFINAG) und deren Vergabeverfahren in Form eines offenen Verfahrens mit der Bezeichnung "S 33, St Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375 bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung", zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Amtsblatt vom 28.9.2006, 2006/S 185-196362) über den am 12.10.2006 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gestellt durch die durch X*** Rechtsanwälte vertretene Bietergemeinschaft bestehend aus 1. MF*** und 2. Mt*** (, beide Mitglieder dieser Bietergemeinschaft situiert in Italien,) wie folgt entschieden:

Spruch

Dem mit Datum 12.10.2006 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welchem für das Vergabeverfahren "S 33, St. Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375 bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im ABl vom 28.9.2006, 2006/S 185- 196362) begehrt wurde, Dem mit Datum 12.10.2006 protokollierten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit

welchem für das Vergabeverfahren "S 33, St. Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375 bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung", (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Amtsblatt vom 28.9.2006, 2006/S 185- 196362) begehrt wurde,

bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für sechs Wochen

1. a)Litera a

den Lauf der Angebotsfrist auszusetzen,

- in eventu - die mit 20.10.2006, 10:00 Uhr, festgelegte Angebotsfrist aufzuheben und der Auftraggeberin aufzutragen, diese Aufhebung europaweit bekannt zu machen und nach Ende des Nachprüfungsverfahrens eine neuerliche angemessene Angebotsfrist von zumindest zwei Wochen nach Ende des Nachprüfungsverfahrens festzulegen,

1. b)Litera b

der Auftraggeberin zu untersagen, die Angebote zu öffnen,

1. c)Litera c

der Auftraggeberin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen,

wird teilweise stattgegeben.

Der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft wird es untersagt, im Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "S 33, St. Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375 bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung", zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im ABI vom 28.9.2006, 2006/S 185- 196362) die Angebote zu öffnen. Der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft wird es untersagt, im Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "S 33, St. Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375 bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung", zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich (gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung im Amtsblatt vom 28.9.2006, 2006/S 185- 196362) die Angebote zu öffnen.

Zusätzlich wird der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt. Die verfügte Untersagung der Öffnung der Angebote und die verfügte Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist gelten bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 23.11.2006.

Das Mehrbegehren betreffend die Untersagung der Zuschlagserteilung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 20, 90 und 328ff BVergG 2006 BGBl I 17/2006; § 13 AVG 1991, BGBl 1991/51 idF I 2005/106
Rechtsgrundlagen: Paragraphen 20, 90 und 328 f, f BVergG 2006 Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006,; Paragraph 13, AVG 1991, BGBl 1991/51 in der Fassung römisch eins 2005/106

Begründung

Sachverhalt samt Parteivorbringen und Verfahrensgang:

Eine Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. MF und 2. Mt***, (in der Folge auch: Antragstellerin bzw Nachprüfungswerberin), beantragte mit einem mit e-mail am 11.10.2006 beim Bundesvergabeamt nach Ende der Amtsstunden eingebrachten und daher gemäß § 13 Abs 5 AVG am 12.10.2006 protokollierten Schriftsatz die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung laut obigem Bescheidspruch sowie den Ersatz der Pauschalgebühren. Eine Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. MF und 2. Mt***, (in der Folge auch: Antragstellerin bzw Nachprüfungswerberin), beantragte mit einem mit e-mail am 11.10.2006 beim Bundesvergabeamt nach Ende der Amtsstunden eingebrachten und daher gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 12.10.2006 protokollierten Schriftsatz die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung laut obigem Bescheidspruch sowie den Ersatz der Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte hierzu im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen. Der Auftraggeber habe das Vergabeverfahren "S33, St. Pölten Nord bis Herzogenburg Nord, km 6,375

bis 14,050, RFB Krems, Generalerneuerung" als offenes Verfahren am 28.9.2006 europaweit bekannt gemacht. Die Absendung der europaweiten Bekanntmachung sei am 19.9.2006 erfolgt. In der europaweiten Bekanntmachung sei als Ende der Angebotsfrist der 20.10.2006, 10.00 Uhr, festgelegt worden.

Die Ausschreibungsunterlagen bestünden aus folgenden Bestandteilen:

1. 1.Ziffer eins
Angebots - Vorbemerkungen
2. 2.Ziffer 2
Leistungsverzeichnis – Straßenbau
3. 3.Ziffer 3
Leistungsverzeichnis – Brückbau

Die Antragstellerin habe die vergebende Stelle mit Schreiben vom 4.10.2006 ausdrücklich auf diverse Vergaberechtswidrigkeiten hingewiesen, die sich aus den Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung ergeben würden. Die Antragstellerin habe die vergebende Stelle aufgefordert, diese Vergaberechtswidrigkeiten zu berichtigen oder zumindest die Angebotsfrist für die Prüfung des Vorbringens um eine Woche zu erstrecken. Die vergebende Stelle habe dieses Schreiben der Antragstellerin unbeantwortet gelassen und darauf in keiner Weise reagiert.

Die Antragstellerin beabsichtige für diese Leistungen – unter der Voraussetzung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung – ein Angebot abzugeben. Das Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich aus dem Unternehmensgegenstand der Antragstellerin, der insbesondere die Erbringung der ausgeschriebenen Bauleistungen und die Lieferung von Leitschienensystemen erfasse, und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag.

Im Falle der Fortführung des vorliegenden Vergabeverfahrens auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen drohe der Antragstellerin, wie nachstehend dargestellt, ein erheblicher Schaden. Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gewahrt werden. Die Ausschreibung wäre – insbesondere im Hinblick auf die angefochtenen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen – für nichtig zu erklären.

Die gegenständliche "Ausschreibung" sei gravierend vergaberechtswidrig. Die Antragstellerin erachte sich daher in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und letztlich auf Zuschlagserhalt massiv beeinträchtigt. Auf Basis der gegenständlichen rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen sei die Antragstellerin nicht in der Lage, überhaupt ein Angebot bzw. ein erfolgsversprechendes und wirtschaftlich ordnungsgemäß kalkuliertes Angebot abzugeben. Insbesondere könne nicht abgeschätzt werden, unter welchen Voraussetzungen Angebote ausschreibungskonform seien. Sollte der Antragstellerin aus diesen Gründen der Zuschlag nicht erteilt werden, drohe ihr ein Schaden iSd § 322 Abs. 1 Z 4 BVergG von derzeit über EUR 2.100.000,--. Dieser setze sich dem entgangenen Gewinn, dem entgangenen Deckungsbeitrag sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung zusammen. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes, was gleichfalls als Schaden anzusehen ist. Die gegenständliche "Ausschreibung" sei gravierend vergaberechtswidrig. Die Antragstellerin erachte sich daher in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und letztlich auf Zuschlagserhalt massiv beeinträchtigt. Auf Basis der gegenständlichen rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen sei die Antragstellerin nicht in der Lage, überhaupt ein Angebot bzw. ein erfolgsversprechendes und wirtschaftlich ordnungsgemäß kalkuliertes Angebot abzugeben. Insbesondere könne nicht abgeschätzt werden, unter welchen Voraussetzungen Angebote ausschreibungskonform seien. Sollte der Antragstellerin aus diesen Gründen der Zuschlag nicht erteilt werden, drohe ihr ein Schaden iSd Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG von derzeit über EUR 2.100.000,--. Dieser setze sich dem entgangenen Gewinn, dem entgangenen Deckungsbeitrag sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung zusammen. Weiters drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes, was gleichfalls als Schaden anzusehen ist.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt und zwar insbesondere in ihren Rechten auf:

1. a)Litera a
wettbewerbsneutrale Beschreibung der Leistung und Aufgabenstellung iSd § 96 Abs. 3
BVergG, wettbewerbsneutrale Beschreibung der Leistung und Aufgabenstellung iSd Paragraph 96, Absatz 3,
BVergG,

2. b)Litera b
wettbewerbsneutrale Beschreibung der Leistung und Aufgabenstellung durch Verwendung der Ö-Norm EN 1317,
3. c)Litera c
Nichtverwendung von Leitprodukten ohne den Zusatz „oder gleichwertig,“
4. d)Litera d
Nichtverwendung von Leitprodukten ohne Festlegung von Gleichwertigkeitskriterien iSd § 98 Abs. 8 letzter Satz BVerG, Nichtverwendung von Leitprodukten ohne Festlegung von Gleichwertigkeitskriterien iSd Paragraph 98, Absatz 8, letzter Satz BVerG,
5. e)Litera e
Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit,
6. f)Litera f
Gleichbehandlung,
7. g)Litera g
Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht.

Die Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei am 19.9.2006 erfolgt. Auf die Durchführung des Vergabeverfahrens und auf das vorliegende Nachprüfungsverfahren seien daher die Bestimmungen des BVerG 2006 anzuwenden.

Auftraggeberin sei die ASFINAG. Diese sei öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG und unterliege damit der Rechtsschutzkontrolle des BVA. Es handle sich um ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Beschaffung von Bauleistungen. Der geschätzte Auftragswert überschreite den maßgeblichen Schwellenwert von Euro 5.278.000,--, sodass der Auftrag im Oberschwellenbereich vergeben werde. Die Ausschreibung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung. § 321 Abs. 2 Z 2 leg.cit regle für Verfahren im Oberschwellenbereich, dass die Ausschreibungsunterlagen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist angefochten werden müssten, sofern die Angebotsfrist 15 Tage oder mehr betrage. Die Angebotsfrist ende am 20.10.2006, 10.00 Uhr, sodass der vorliegende Nachprüfungsantrag jedenfalls rechtzeitig sei. Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt Euro 10.000,- seien entrichtet worden. Auftraggeberin sei die ASFINAG. Diese sei öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG und unterliege damit der Rechtsschutzkontrolle des BVA. Es handle sich um ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Beschaffung von Bauleistungen. Der geschätzte Auftragswert überschreite den maßgeblichen Schwellenwert von Euro 5.278.000,--, sodass der Auftrag im Oberschwellenbereich vergeben werde. Die Ausschreibung sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, leg.cit regle für Verfahren im Oberschwellenbereich, dass die Ausschreibungsunterlagen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist angefochten werden müssten, sofern die Angebotsfrist 15 Tage oder mehr betrage. Die Angebotsfrist ende am 20.10.2006, 10.00 Uhr, sodass der vorliegende Nachprüfungsantrag jedenfalls rechtzeitig sei. Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von insgesamt Euro 10.000,- seien entrichtet worden.

In der Folge machte die Antragstellerin folgende Vergabeverstöße geltend:

1. 1.Ziffer eins
Unzulässiger Zulassungserlass des BMWA
2. 2.Ziffer 2
Unzulässige Einsatzfreigabe des BMVIT
3. 3.Ziffer 3
Unzulässige Verwendung von Leitprodukten
4. 4.Ziffer 4
Unzulässige Festlegung niedriger Wirkungsbereiche
5. 5.Ziffer 5
Unzulässige Festlegung von Stützenabständen
6. 6.Ziffer 6
Unzulässige Festlegung eines Unterfahrschutzes
7. 7.Ziffer 7

Unzulässige Festlegung einer Mindest- Konstruktionshöhe

Konkret zum Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie sich aufgrund der oben erwähnten Vergaberechtswidrigkeiten gezwungen sehe, ihre Chance auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und letztlich auf Zuschlagserteilung durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu sichern. Dies gelte insbesondere auch deshalb, da die Antragstellerin dem Auftraggeber am 4.10.2006 ausdrücklich Gelegenheit gegeben habe, die Rechtswidrigkeiten zu berichtigen. Der Auftraggeber habe jedoch darauf nicht reagiert. Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber andernfalls durch Entgegennahme und Öffnung der Angebote sowie durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens, insbesondere durch Zuschlagserteilung, unumkehrbare Tatsachen schaffen würde. Durch den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei sicher zu stellen, dass es der Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren nicht verunmöglicht werde, sich an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren zu beteiligen. Für die Beurteilung der Frage, ob eine einstweilige Verfügung zu erlassen sei, habe die Nachprüfungsbehörde die möglicher Weise geschädigten Interessen der Antragstellerin, die möglicher Weise geschädigten Interessen des Auftraggebers, sowie allfällige besondere öffentlichen Interessen zu berücksichtigen. Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn deren nachteiligen Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen, wie dem WVRG und den EU- Vergaberichtlinien zu entnehmen seien, in der Regel zu erlassen sei. Wie noch dargelegt werde, würden im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin die Interessen des Auftraggebers überwiegen. Auch würden keine öffentlichen Interessen vorliegen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung widersprechen würden.

Wie dargelegt, sei die bekämpfte „Ausschreibung“ gravierend vergaberechtswidrig, so dass diese Auftraggeberentscheidung für nichtig zu erklären sein werde. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages seien daher als überdurchschnittlich gut zu bewerten. Der Verlust der Zuschlagserlangung sei entsprechend zu berücksichtigen. Bei der Interessensabwägung sei auch der Wert des Erfüllungsinteresses zu berücksichtigen. Darüber hinaus seien die bereits angeführten Schäden, die der Antragstellerin drohen würden, bei der Interessensabwägung zu berücksichtigen. Auch der VfGH habe mit Beschluss vom 21.2.2002, B 150/02-2, erkennen lassen, dass bei Interessensabwägung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung bzw. Erlassung einer einstweiligen Verfügung) die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages zu berücksichtigen seien. Es könne nur mit einer einstweiligen Verfügung verhindert werden, dass der Auftraggeber unumkehrbare Tatsachen schaffe.

Den von der Antragstellerin dargestellten Schaden würden keine finanziellen (Mehr-)Kosten des Auftraggebers gegenüber stehen, welche die Nichterlassung der einstweiligen Verfügung rechtfertigten könnten. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung wäre auch das weitere Vergabeverfahren lediglich für sechs Wochen "blockiert".

Auch seien besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprächen, nicht ersichtlich. Es seien keinerlei besondere Risiken oder unwiederbringliche Schäden für den Fall zu erkennen, dass das BVA die beantragte einstweilige Verfügung erlasse.

Nach der Rechtssprechung des EuGH seien öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Vergabeverfahren so rechtzeitig einzuleiten, dass terminliche Verzögerungen infolge eines Nachprüfungsverfahrens für die Ausschreibung keine Rolle spielen würden.

Sohin bestehe kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung spreche. Hingegen bestehe ein besonderes öffentliches Interesse an deren Erlassung.

Mit Telefax vom 12.10 2006 wurde die Auftraggeberin nach der Zuweisung des Verfahrens gemäß § 304 BVergG 2006 an den Senat 14 des Bundesvergabeamts gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 aufgefordert, zum eV - Antrag bis 16.10.2006, 12.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt Stellung zu nehmen und bis zu diesem Zeitpunkt die Unterlagen des Vergabeverfahrens vorzulegen. Mit Telefax vom 12.10 2006 wurde die Auftraggeberin nach der Zuweisung des Verfahrens gemäß Paragraph 304, BVergG 2006 an den Senat 14 des Bundesvergabeamts gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 aufgefordert, zum eV - Antrag bis 16.10.2006, 12.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt Stellung zu nehmen und bis zu diesem Zeitpunkt die Unterlagen des Vergabeverfahrens vorzulegen.

Namens der Auftraggeberin wurden am 16.10.2006 am Vormittag mit der Eingabe, lfd Nr 5 des Verwaltungsakts die Unterlagen des Vergabeverfahrens insoweit vorgelegt, als ein Ausdruck bzw eine Druckvorschau der Vergabebekanntmachung vom 11.9.2006 und umfangreiche Ausschreibungsunterlagen überreicht wurden.

Den geschätzten Auftragswert gab die Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen des Amts der NÖ Landesregierung und Schnellstraßen "im Auftrag der ASFINAG" mit EUR 9.000.000,- bekannt.

Weiters teilte die genannte Abteilung in dieser Eingabe vom 16.10.2006, lfd Nr 5 des Verwaltungsakts mit, dass zum Antrag auf einstweilige Verfügung bis zum 18.10.2006 Stellung genommen würde.

Die Vorsitzende des Senats 14 befindet sich in der Woche von 16.10.2006 bis 22.10.2006 auf Urlaub, so dass das gegenständliche Sicherungsverfahren in diesem Zeitraum vom ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senats 14 zu betreuen ist.

Der erste Vertreter der Vorsitzenden des Senats 14 fragte am 16.10.2006 bei Herrn DI B***, welcher in der lfd Nr 5 als Ansprechpartner angeführt ist, telefonisch betreffend die Eingabe , lfd Nr 5 an.

In diesem Telefonat konnte abgeklärt werden, dass das Land Niederösterreich bei diesem Vergabeverfahren ausnahmsweise noch für die ASFINAG tätig wird, obwohl ansonsten ein historischer Werkvertrag zwischen der ASFINAG und den Bundesländern bereits aufgelöst wäre (Note der ASFINAG an das Bundesvergabeamt vom 8.5.2006 ua betreffend Auflösung des Werkvertrags mit den Bundesländern).

Das Land Niederösterreich hätte keine Zustellungsvollmacht für die ASFINAG, jedoch würde um nachrichtliche Übermittlung der Entscheidung über den Sicherungsantrag ersucht.

Die Angabe in der Eingabe, dass eine Stellungnahme zum einstweilige Verfügung - Antrag bis 18.10.2006 erfolgen würde, basiere nicht auf einer - im Verwaltungsakt ohnehin nicht ersichtlichen - Verlängerung der behördlichen, bis 16.10.2006, 12.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt festgelegten Frist zur Stellungnahme zum eV-Antrag , sondern wäre von einem Mitarbeiter des Herrn DI B*** autonom in der Eingabe vorgebracht worden. Der als Ansprechpartner für Rückfragen genannte DI B*** gab dazu weiters an, dass er am 13.10.2006 - als dem Zeitpunkt der Verfassung der Eingabe, lfd Nr 5 - nicht im Büro gewesen wäre. Es würde jedenfalls nunmehr keine Stellungnahme mehr zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgegeben werden, womit auf Basis der Aktenlage entschieden werden kann.

Seitens der Amtsbuchhaltung erfolgte am 16.10.2006 die Mitteilung, dass Pauschalgebühren in Höhe von EUR 10.000,- namens der antragstellenden Bietergemeinschaft mit der Widmung für den gegenständlichen Nachprüfungs- und eV - Antrag einbezahlt worden sind - lfd Nr 6 des Verwaltungsakts.

Die Angebotsfrist ist im gegenständlichen Verfahren in der Vergabebekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen mit 20.10.2006 terminisiert, wobei die Zuschlagsfrist in diesen Unterlagen mit 3 Monaten nach Ende der Angebotsfrist festgelegt ist.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts und den bislang vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, insbesondere aus den ausdrücklich bezogenen Urkunden und Schriftsätzen.

Rechtliche Beurteilung:

Die ASFINAG ist eine im Bundeseigentum stehende, insbesondere auch zur Errichtung, zum Betrieb und zur Erhaltung von Autobahnen und Schnellstraßen in Österreich gegründete Aktiengesellschaft - §§ 1f ASFINAG - Gesetz BGBl 1982/591 idF BGBl I 2006/26, womit die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts für diesen öffentlichen Auftraggeber im Bereich der höherwertigen Straßeninfrastruktur gemäß §§ 3 Abs 1 Z 2 iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 gegeben ist. Die ASFINAG ist eine im Bundeseigentum stehende, insbesondere auch zur Errichtung, zum Betrieb und zur Erhaltung von Autobahnen und Schnellstraßen in Österreich gegründete Aktiengesellschaft - Paragraphen eins f, ASFINAG - Gesetz BGBl 1982/591 in der Fassung BGBl römisch eins 2006/26, womit die Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts für diesen öffentlichen Auftraggeber im Bereich der höherwertigen Straßeninfrastruktur gemäß Paragraphen 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 gegeben ist.

Amtsintern hatte bei dieser eV - Entscheidung der erste Vertreter der Vorsitzenden des Senats 14 gemäß der

Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 tätig zu werden, da die eigentliche Senatsvorsitzende des Senats 14 innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist gemäß § 330 BVergG 2006 urlaubsbedingt verhindert ist. Amtsintern hatte bei dieser eV - Entscheidung der erste Vertreter der Vorsitzenden des Senats 14 gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts vom 1.2.2006 gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 tätig zu werden, da die eigentliche Senatsvorsitzende des Senats 14 innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 330, BVergG 2006 urlaubsbedingt verhindert ist.

Eine Bietergemeinschaft ist gemäß § 2 Z 14 BVergG 2006 ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebots, wobei einerseits der Unternehmerzusammenschluss zum Zweck der gemeinsamen Angebotslegung für eine solche ausreicht - dies unbeschadet der gegenständlich noch nicht erfolgten Angebotslegung; und andererseits damit die Parteifähigkeit der den Sicherungsantrag stellenden Bietergemeinschaft gemäß § 20 Abs 2 BVergG 2006 gegeben ist. Dies, zumal gegenständlich die Zwecksetzung der antragstellenden Unternehmermehrheit bislang noch nicht bestritten wurde und dem erkennenden Senatsvorsitzenden diesbezüglich bislang keine der Parteifähigkeit entgegenstehenden Tatsachen bekannt sind. Eine Bietergemeinschaft ist gemäß Paragraph 2, Ziffer 14, BVergG 2006 ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebots, wobei einerseits der Unternehmerzusammenschluss zum Zweck der gemeinsamen Angebotslegung für eine solche ausreicht - dies unbeschadet der gegenständlich noch nicht erfolgten Angebotslegung; und andererseits damit die Parteifähigkeit der den Sicherungsantrag stellenden Bietergemeinschaft gemäß Paragraph 20, Absatz 2, BVergG 2006 gegeben ist. Dies, zumal gegenständlich die Zwecksetzung der antragstellenden Unternehmermehrheit bislang noch nicht bestritten wurde und dem erkennenden Senatsvorsitzenden diesbezüglich bislang keine der Parteifähigkeit entgegenstehenden Tatsachen bekannt sind.

Laut Deckblatt der Angebotsunterlage bzw laut Punkt IV.3.4) der vorgelegten Vergabebekanntmachung endet die Angebotsfrist gegenständlich am 20.10.2006, womit der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (-sunterlagen), beim Bundesvergabeamt protokolliert am 12.10.2006, gemäß § 321 Abs 2 BVergG 2006 rechtzeitig erscheint, und daher der § 328 in seinen Absätzen 3 und 4 BVergG 2006 nicht einschlägig wird. Laut Deckblatt der Angebotsunterlage bzw laut Punkt römisch vier.3.4) der vorgelegten Vergabebekanntmachung endet die Angebotsfrist gegenständlich am 20.10.2006, womit der Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (-sunterlagen), beim Bundesvergabeamt protokolliert am 12.10.2006, gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 rechtzeitig erscheint, und daher der Paragraph 328, in seinen Absätzen 3 und 4 BVergG 2006 nicht einschlägig wird.

Die Antragstellerin hat EUR 10.000,-- an Pauschalgebühren an das Bundesvergabeamt bezahlt, und daher auch die für den einstweilige Verfügung - Antrag geschuldeten Gebühren gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 in Höhe von EUR 5.000,--. Somit liegt auch der Zurückweisungsgrund gemäß § 328 Abs 7 BVergG 2006 nicht vor. Die Antragstellerin hat EUR 10.000,-- an Pauschalgebühren an das Bundesvergabeamt bezahlt, und daher auch die für den einstweilige Verfügung - Antrag geschuldeten Gebühren gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 in Höhe von EUR 5.000,--. Somit liegt auch der Zurückweisungsgrund gemäß Paragraph 328, Absatz 7, BVergG 2006 nicht vor.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in § 328 Abs 2 geforderten Antragsinhalte für einen Antrag auf einstweilige Verfügung enthalten, wobei dem am 12.10.2006 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des § 320 Abs 1 iVm § 328 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Es ist nämlich mangels bekannter, besonderer Anhaltspunkte im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass eine ausländische Bietergemeinschaft eine Ausschreibung eines österreichischen öffentlichen Auftraggebers ohne Vertragsabschlussinteresse anfigt, wobei der in § 320 Abs 1 genannte Schaden der antragstellenden Bietergemeinschaft gleichfalls nicht ohne weitergehende Ermittlungen verneint werden könnte, womit aber gleichzeitig das Fehlen des Schadens gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offenkundig ist. Da auch sonst die Erfolgsaussichten des gestellten Nachprüfungsantrags zum derzeitigen Zeitpunkt nicht als offenkundig fehlend verneint werden können, spricht auch dieser Aspekt iS der Entscheidung des EuGH Rs C-424/01, CS Communications, nicht gegen vorläufige, mit einer einstweiligen Verfügung anzuordnende Sicherungsmaßnahmen zu Gunsten der Nachprüfungswerberin. In der verfahrenseinleitenden Eingabe sind - jedenfalls in einer Gesamtschau - die in Paragraph 328, Absatz 2, geforderten Antragsinhalte für einen Antrag auf einstweilige Verfügung enthalten, wobei dem am 12.10.2006 protokollierten, gleichfalls in der Eingabe lfd Nr 1 enthaltenen Nachprüfungsantrag die Antragsvoraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Es ist nämlich mangels bekannter, besonderer Anhaltspunkte im

vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass eine ausländische Bietergemeinschaft eine Ausschreibung eines österreichischen öffentlichen Auftraggebers ohne Vertragsabschlussinteresse anfecht, wobei der in Paragraph 320, Absatz eins, genannte Schaden der antragstellenden Bietergemeinschaft gleichfalls nicht ohne weitergehende Ermittlungen verneint werden könnte, womit aber gleichzeitig das Fehlen des Schadens gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offenkundig ist. Da auch sonst die Erfolgsaussichten des gestellten Nachprüfungsantrags zum derzeitigen Zeitpunkt nicht als offenkundig fehlend verneint werden können, spricht auch dieser Aspekt is der Entscheidung des EuGH Rs C-424/01, CS Communications, nicht gegen vorläufige, mit einer einstweiligen Verfügung anzuordnende Sicherungsmaßnahmen zu Gunsten der Nachprüfungswerberin.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den einstweilige Verfügung-Antrag die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor der Entscheidung über den einstweilige Verfügung-Antrag die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer 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 vorübergehend bis zu deren allfälliger Nichtigerklärung ausgesetzt werden oder sonst 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 vorübergehend bis zu deren allfälliger Nichtigerklärung ausgesetzt werden oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 328 Abs 3 Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen. Gemäß Paragraph 328, Absatz 3, Satz 1 BVergG 2006 ist die einstweilige Verfügung zu befristen.

Die Nachprüfungswerberin begehrte mit einem am 12.10.2006 protokollierten Antrag auf einstweilige Verfügung die im Spruch ersichtlichen Anordnungen, worüber wie nachstehend ersichtlich zu befinden war.

Mit der ausgesprochenen Anordnung der Untersagung der Angebotsöffnung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Angebote in diesem Vergabeverfahren nicht geöffnet werden, bevor nicht - soweit derzeit absehbar - darüber entschieden ist, ob die Nachprüfungswerberin vergaberechtlich mitunter die Möglichkeit haben muss, ein Angebot ohne die von ihr bekämpften Ausschreibungsbestandteile zu legen. Es wird dabei auch verhindert, dass bei einer bereits stattfindenden Angebotsöffnung die Preise anderer Unternehmer transparent werden, bzw dass die Antragstellerin mangels Angebotslegung bereits jetzt von der Angebotsöffnung ausgeschlossen wird - § 118 BVergG 2006. Ohne die Untersagung der Angebotsöffnung würde man nämlich das mit der angefochtenen Ausschreibung determinierte Vergabeverfahren allenfalls allein deshalb der Gefahr aussetzen, dass dasselbe zu widerrufen wäre, da die Angebotsöffnung ein nicht wiederholbarer Vorgang ist - VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106, Götzl, Die einstweilige Verfügung im Vergaberecht, RPA 2004, 285, FN 135 unter Hinweis auf Sachs, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 136. Nur bei Vermeidung einer Angebotsöffnung vor Erledigung des Nachprüfungsantrags werden die Interessen auch anderer Bieter, die innerhalb der in der Vergabebekanntmachung ersichtlichen Angebotsfrist ein Angebot gelegt haben, davor geschützt, dass deren Angebotslegung wegen eines allfälligen Widerrufs des Vergabeverfahrens nachmalig allein deshalb einen frustrierten Aufwand darstellt, nur weil möglicher Weise wegen des Nachprüfungsantrags einzelne Teile der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 325 Abs 2 BVergG 2006 gestrichen werden. Mit der ausgesprochenen Anordnung der Untersagung der Angebotsöffnung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Angebote in diesem Vergabeverfahren nicht geöffnet werden, bevor nicht - soweit derzeit absehbar - darüber entschieden ist, ob die Nachprüfungswerberin vergaberechtlich mitunter die Möglichkeit haben muss, ein Angebot ohne die von ihr bekämpften Ausschreibungsbestandteile zu legen. Es wird dabei auch verhindert, dass bei einer bereits stattfindenden

Angebotsöffnung die Preise anderer Unternehmer transparent werden, bzw dass die Antragstellerin mangels Angebotslegung bereits jetzt von der Angebotsöffnung ausgeschlossen wird - Paragraph 118, BVergG 2006. Ohne die Untersagung der Angebotsöffnung würde man nämlich das mit der angefochtenen Ausschreibung determinierte Vergabeverfahren allenfalls allein deshalb der Gefahr aussetzen, dass dasselbe zu widerrufen wäre, da die Angebotsöffnung ein nicht wiederholbarer Vorgang ist - VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106, Götzl, Die einstweilige Verfügung im Vergaberecht, RPA 2004, 285, FN 135 unter Hinweis auf Sachs, Einstweilige Verfügungen im Vergaberecht, in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 136. Nur bei Vermeidung einer Angebotsöffnung vor Erledigung des Nachprüfungsantrags werden die Interessen auch anderer Bieter, die innerhalb der in der Vergabebekanntmachung ersichtlichen Angebotsfrist ein Angebot gelegt haben, davor geschützt, dass deren Angebotslegung wegen eines allfälligen Widerrufs des Vergabeverfahrens nachmalig allein deshalb einen frustrierten Aufwand darstellt, nur weil möglicher Weise wegen des Nachprüfungsantrags einzelne Teile der Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 gestrichen werden.

Mit der Untersagung der Angebotsöffnung wird aber auch vermieden, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag erteilt und das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 unzulässig wird, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch entschieden ist. Mit der Untersagung der Angebotsöffnung wird aber auch vermieden, dass die Auftraggeberin einen Zuschlag erteilt und das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 unzulässig wird, bevor über den mit dem Nachprüfungsantrag vorgetragenen Rechtsgestaltungsanspruch entschieden ist.

Im Sinne der vorstehenden Überlegungen war zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist - antragsgemäß - auszusetzen. Durch diese zusätzliche Maßnahme wird nämlich verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für die Nachprüfungswerberin und allenfalls auch für andere am ausgeschriebenen Leistungsvertrag interessierte Unternehmer gesichert, dass die Auftraggeberin im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrags insbesondere in der Variante der der Streichung einzelner Ausschreibungsteile gemäß § 325 Abs 2 BVergG 2006 die Angebotsfrist gemäß § 90 Abs 1 BVergG 2006 entsprechend verlängern kann; womit eine Angebotslegung auf Basis einer allenfalls nachmalig bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist, jedoch noch im gleichen Vergabeverfahren möglich erscheint. Insofern wird auch dem volkswirtschaftlich mitunter anzustrebenden favor negotii der (Rest-) Ausschreibung Rechnung getragen - BVA 1.7.2006, 16N-36/05-36, ZVB 2005/90 bzw BVA 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136, ZVB 2006/51. Im Sinne der vorstehenden Überlegungen war zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist - antragsgemäß - auszusetzen. Durch diese zusätzliche Maßnahme wird nämlich verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für die Nachprüfungswerberin und allenfalls auch für andere am ausgeschriebenen Leistungsvertrag interessierte Unternehmer gesichert, dass die Auftraggeberin im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrags insbesondere in der Variante der der Streichung einzelner Ausschreibungsteile gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006 die Angebotsfrist gemäß Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechend verlängern kann; womit eine Angebotslegung auf Basis einer allenfalls nachmalig bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist, jedoch noch im gleichen Vergabeverfahren möglich erscheint. Insofern wird auch dem volkswirtschaftlich mitunter anzustrebenden favor negotii der (Rest-) Ausschreibung Rechnung getragen - BVA 1.7.2006, 16N-36/05-36, ZVB 2005/90 bzw BVA 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136, ZVB 2006/51.

Diese Sicherungsmaßnahmen sind daher die gelindesten Mittel, mit welchen das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten wird, um die möglicherweise tatsächlich einmal bestehende Zuschlagschance der Nachprüfungswerberin im hier gegenständlichen Vergabeverfahren vorläufig dahin abzusichern, dass kein Zuschlag erteilt wird; und daher die Chance der Nachprüfungswerberin auf den im gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungsvertrag nicht vor der Entscheidung über die mit Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtsverletzungen endgültig vernichtet wird.

Die Antragstellerin möchte nach ihren Behauptungen mit ihrem Sicherungsantrag verhindern, dass ihr ein Referenzprojekt entgeht, ihr über die erlösten variablen Kosten hinaus Deckungsbeitrag und Gewinn entgehen, und dass die bisherigen Kosten insbesondere für Rechtsvertretung frustriert wären. Zentral befürchtet die

Nachprüfungswerberin damit die Vereitelung der eigenen Zuschlagschance bzw die Vereitelung der nachmaligen Zuschlagserteilung an sich selbst auf Basis einer vergaberechtskonform festzulegenden Ausschreibung; samt den dadurch notorisch drohenden Folge - Nachteilen.

Genau diese Nachteile und Schäden, welche notorisch in einer derartigen Situation vorliegen, würden amtsbekannt jedenfalls dann drohen, wenn ohne die angeordneten Maßnahmen gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 die Angebote geöffnet würden, der Lauf der Angebotsfrist vor Entscheidung über den Nachprüfungsantrag enden würde und damit allenfalls sogar der Zuschlag an einen anderen Unternehmer erteilt würde. Genau diese Nachteile und Schäden, welche notorisch in einer derartigen Situation vorliegen, würden amtsbekannt jedenfalls dann drohen, wenn ohne die angeordneten Maßnahmen gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 die Angebote geöffnet würden, der Lauf der Angebotsfrist vor Entscheidung über den Nachprüfungsantrag enden würde und damit allenfalls sogar der Zuschlag an einen anderen Unternehmer erteilt würde.

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

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

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

Die Auftraggeberin hat sich zudem nicht (fristgerecht) gegen die beantragte einstweilige Verfügung ausgesprochen. Die Auftraggeberin hat auch keine sonstigen Interessen anderer Bieter bzw Unternehmer ins Treffen geführt, die gegen die einstweilige Verfügung sprechen würden. Solche sind auch sonst nicht bekannt. Wie oben aufgezeigt, werden durch die angeordneten Maßnahmen vielmehr auch die Interessen anderer Unternehmer geschützt, indem unumkehrbare Tatsachen in diesem Vergabeverfahren vermieden werden, bevor über den Nachprüfungsantrag entschieden ist. Zudem spricht das in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung abgesicherte öffentliche Interesse der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01) gleichfalls für die gegenständlich angeordneten vorläufigen Maßnahmen. In Folge der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist war dabei über das diesbezüglich gestellte Eventualbegehren nicht mehr zu entscheiden.

Zur beantragten und auch verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in § 326 BVergG 2006 eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Auf Basis der Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen hat aber dann auch jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügten Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend ein Vergabeverfahren einzukalkulieren, wenn der Gesetzgeber durch § 326 BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur sonst gemäß § 73 AVG bzw gemäß § 27 VwGG sonst üblichen 6- Monats- Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert. Diese Entscheidungsfrist wäre sinnentleert, wenn dadurch die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird. Zur beantragten und auch verfügten Befristung der einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass der

Gesetzgeber im Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung in Paragraph 326, BVergG 2006 eine Entscheidungsfrist von höchstens sechs Wochen festlegt. Auf Basis der Existenz eines Provisorialrechtsschutzes zur vorläufigen Absicherung von Nachprüfungsanträgen hat aber dann auch jeder vergaberechtsunterworfenen Auftraggeber und auch jeder Unternehmer ein derartiges Nachprüfungsverfahren mit einem dazu verfügbaren Provisorialrechtsschutz in die eigenen zeitlichen Planungen betreffend ein Vergabeverfahren einzukalkulieren, wenn der Gesetzgeber durch Paragraph 326, BVergG 2006 bereits ein im Vergleich zur sonst gemäß Paragraph 73, AVG bzw gemäß Paragraph 27, VWGG sonst üblichen 6- Monats-Entscheidungsfrist äußerst rasch abzuführendes Nachprüfungsverfahren normiert. Diese Entscheidungsfrist wäre sinnentleert, wenn dadurch die betroffenen Verkehrskreise nicht schon allein deshalb mit entsprechenden Innehaltungen des Vergabeverfahrens durch den vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutz rechnen müssten, durch welchen die gemeinschaftsrechtlich gebotene Vergabenachprüfung vor Zuschlagserteilung gerade erst ermöglicht wird.

Mangels bekannter, gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Verlängerung des Vergabeverfahrens sprechender Umstände waren daher die verhängten Maßnahmen für den gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum für den Nachprüfungsantrag auszusprechen, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Nachprüfungswerberin an der Absicherung ihres gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehrens zu gewährleisten. Mangels bekannter, gegen diese längstens für 6 Wochen verfügte Verlängerung des Vergabeverfahrens sprechender Umstände waren daher die verhängten Maßnahmen für den gesetzlich ohnehin sehr kurz vorgegebenen Entscheidungszeitraum für den Nachprüfungsantrag auszusprechen, um zumindest in diesem Zeitraum die Interessen der Nachprüfungswerberin an der Absicherung ihres gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 vorgetragenen Rechtsgestaltungsbegehrens zu gewährleisten.

Zudem währt die Zuschlagsfrist bereits auf Basis der aktuellen Ausschreibungsunterlage bzw der Vergabebekanntmachung 3 Monate über das mit 20.10.2006 terminisierte Ende der Angebotsfrist hinaus, so dass die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts gemäß § 320 BVergG 2006 vor diesem Ende der Zuschlagsfrist, und damit sogar innerhalb des bekannt gemachten Vergabe - Entscheidungszeitraums der Auftraggeberin liegt. Damit sind sonstige Unternehmer im Falle einer bereits bis 20.10.2006 erfolgenden Angebotslegung nicht per se durch die angeordneten Maßnahmen länger als ohne diese Sicherungsmaßnahmen an deren Angebote gebunden. Zudem währt die Zuschlagsfrist bereits auf Basis der aktuellen Ausschreibungsunterlage bzw der Vergabebekanntmachung 3 Monate über das mit 20.10.2006 terminisierte Ende der Angebotsfrist hinaus, so dass die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 vor diesem Ende der Zuschlagsfrist, und damit sogar innerhalb des bekannt gemachten Vergabe - Entscheidungszeitraums der Auftraggeberin liegt. Damit sind sonstige Unternehmer im Falle einer bereits bis 20.10.2006 erfolgenden Angebotslegung nicht per se durch die angeordneten Maßnahmen länger als ohne diese Sicherungsmaßnahmen an deren Angebote gebunden.

Zur Abweisung des Antrags auf Untersagung der Zuschlagserteilung ist auszuführen, dass mangels gegenteiliger Indizien nicht davon auszugehen ist, dass die Auftraggeberin trotz der Untersagung der Angebotseröffnung den Zuschlag zu erteilen versuchen würde; und hat die Nachprüfungswerberin Derartiges weder substantiiert vorgebracht noch entsprechend bescheinigt. Mangels gegenteilig bewiesener bzw bescheinigter Tatsachen, von welchen daher derzeit nicht auszugehen ist, war daher eine zusätzliche Untersagung der Zuschlagserteilung nicht mehr als das zur Verfügung stehende "gelindeste Mittel" gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 anzusehen, womit dieses zusätzlich gestellte Sicherungsbegehren abzuweisen war. Zur Abweisung des Antrags auf Untersagung der Zuschlagserteilung ist auszuführen, dass mangels gegenteiliger Indizien nicht davon auszugehen ist, dass die Auftraggeberin trotz der Untersagung der Angebotseröffnung den Zuschlag zu erteilen versuchen würde; und hat die Nachprüfungswerberin Derartiges weder substantiiert vorgebracht noch entsprechend bescheinigt. Mangels gegenteilig bewiesener bzw bescheinigter Tatsachen, von welchen daher derzeit nicht auszugehen ist, war daher eine zusätzliche Untersagung der Zuschlagserteilung nicht mehr als das zur Verfügung stehende "gelindeste Mittel" gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 anzusehen, womit dieses zusätzlich gestellte Sicherungsbegehren abzuweisen war.

Schlagworte

(optional) Untersagung der Angebotseröffnung; Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist;

Dokumentnummer

VERGT_20061017_N_0082_BVA_14_2006_09_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