

TE Verg Bescheid 2006/8/29 N/0071-BVA/04/2006-EV15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.08.2006

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §330 Abs3

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 330 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 330 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 330 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Salz Sommereinlagerung 2006/II" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierung- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22.8.2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Salz Sommereinlagerung 2006/II" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierung- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22.8.2006, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich Los 5 des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 3.10.2006, untersagt, im Vergabeverfahren "Salz Sommereinlagerung 2006/II" für das Los 5 den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Nach Widerruf der in Form eines offenen Verfahrens durchzuführenden Vergabe des Auftrages "Lieferung von Auftausalz für den gesamten Betreuungsbereich der ASFINAG - Salz Sommereinlagerung 2006" entschied der Auftraggeber, den Auftrag "Salz Sommereinlagerung 2006/II" in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 29 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 zu vergeben. In der Folge wurden vier Unternehmen, darunter der A*** (in der Folge Antragsteller) und der B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) am 25.7.2006 mit der Aufforderung zur Angebotslegung die Angebotsunterlagen übermittelt. Nach Widerruf der in Form eines offenen Verfahrens durchzuführenden Vergabe des Auftrages "Lieferung von Auftausalz für den gesamten Betreuungsbereich der ASFINAG - Salz Sommereinlagerung 2006" entschied der Auftraggeber, den Auftrag "Salz Sommereinlagerung 2006/II" in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 zu vergeben. In der Folge wurden vier Unternehmen, darunter der A*** (in der Folge Antragsteller) und der B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) am 25.7.2006 mit der Aufforderung zur Angebotslegung die Angebotsunterlagen übermittelt.

Aus den Angebotsunterlagen ergibt sich, dass die Angebote für den dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden Lieferauftrag spätestens bis 4.8.2006, 10.00 Uhr, beim Auftraggeber eingelangt sein müssen. Die dreimonatige Zuschlagsfrist beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist zu laufen. Die Bieter sind berechtigt, auch nur Teile der Leistung (6 Lose) anzubieten, wobei dieser Teil jedoch den Gesamtumfang eines Loses zu beinhalten hat. Los 5 umfasst die Lieferung und Einlagerung von Siedesalz im Betreuungsbereich der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd (kurz SGS) - LV - Position "Siedesalz". Alternativangebote oder Abänderungsangebote sind nicht zulässig. Dem Angebot ist auch ein Vadium beizulegen.

Zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens wird unter Pkt. 3.1. der Angebotsunterlagen festgelegt, dass nach Angebotsöffnung die Angebote zunächst einer formalen und inhaltlichen Überprüfung unterzogen werden, bei der insbesondere die Einhaltung der unter Pkt. 2 der Angebotsunterlagen gestellten Anforderungen überprüft werden soll. Entspricht ein Angebot nicht den gestellten Anforderungen erfolgt das Ausscheiden. Nach der Angebotsprüfung werden die verbleibenden Angebote einer ersten Bewertung anhand der Zuschlagskriterien unterzogen und entsprechend gereiht. In weiterer Folge werden Verhandlungen nur mit dem Bieter des erstgereihten Angebotes je Los geführt. Verhandlungen mit den restlichen Bietern werden nur dann geführt, wenn die Verhandlungen mit dem Bieter des erstgereihten Angebotes nicht erfolgreich abgeschlossen werden können.

Zur Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird ausgeführt, dass der Zuschlag im Fall der Verhandlung mit dem jeweils erstgereihten Bieter auf Basis des verhandelten Angebotes bzw. im Fall der Verhandlung mit allen Bietern auf Basis des jeweils letztmaligen Angebotes (last and final offer) entsprechend den Zuschlagskriterien dem besten Angebot erteilt werde. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis (94%) sowie fünf Qualitätskriterien [1. NaCl-Anteil von 96% - 100% (2%), 2. Ca/Mg/K- Chlorid-Anteil von 0% - 4% (2,5%), 3. SO₄-Anteil von 0 mg/kg - 10.000 mg/kg (0,5%), 4. Unterkornanteil von 0% - 5% (0,5%), 5. Überkornanteil von 0% - 5% (0,5%)] festgelegt. Bestbieter ist jener Bieter des Loses, der die geringsten bewertungsrelevanten Gesamtpunkte hat.

In den Angebotsunterlagen wurde unter Punkt 3.6.

(Zuschlagskriterium Qualität....) Nachfolgendes ausgeführt:

".....Angebote mit mehr als 100% Inhaltsstoffen werden nicht zugelassen, die Summe der Inhaltsstoffe inklusive SO₄-Anteil darf 100% nicht übersteigen. Eine diesbezüglich geringfügige Abweichung vom Prüfzertifikat im Angebot muss so nachvollziehbar erläutert werden, dass für den AG eine Plausibilisierung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne weitere technische Prüfung möglich ist. Eine solche geringfügige Abweichung muss weiters aufgrund geltender Usancen begründbar sein und auf Wunsch des AG im Zweifel vom Prüfinstitut bestätigt werden."

Zu Los 5 legten sowohl der Antragsteller als auch der präsumtive Zuschlagsempfänger ein Angebot. Nach der Angebotsprüfung wurde der Antragsteller zu Aufklärungsgesprächen betreffend den Salzbestandteil von über 100% in seinem Angebot zu Los 5 eingeladen. Mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger wurde über sein Angebot zu Los 5 verhandelt.

Mit Telefaxmitteilung vom 10.8.2006 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass sein Angebot aufgrund eines bestehenden Widerspruches zu Pkt. 3.6. der Ausschreibungsunterlagen (mehr als 100% Inhaltsstoffe) auszuschneiden sei. Es sei weiters beabsichtigt, der B*** den Zuschlag zu Los 5 zu erteilen. Ebenso wurde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger diese Zuschlagsentscheidung zu Los 5 bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 22.8.2006 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Ersatz der für den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht, mit welchem die Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers vom 10.8.2006 sowie die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2006 für das Los 5, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag begehrt wurden. Mit Schriftsatz vom 22.8.2006 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren sowie einen Antrag auf Ersatz der für den Provisorialantrag entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht, mit welchem die Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers vom 10.8.2006 sowie die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2006 für das Los 5, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag begehrt wurden.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass bereits im Zuge der ersten Ausschreibung, welche in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt worden sei, Angebote zu allen Losen gelegt worden seien. Entsprechend den Anforderungen in den Angebotsunterlagen sei ein Zertifikat von der L*** ausgestellt worden. In der Folge sei dem Antragsteller in diesem Verfahren mitgeteilt worden, dass sein Angebot auszuschneiden sei. Im Preisblatt sei ein Salz mit einem 100% NaCl-Anteil angeboten worden. Im angebotenen Salz seien jedoch 350mg/kg SO₄-(an Verunreinigungen) enthalten. Der gegen diese Ausscheidensentscheidung eingebrachte Nachprüfungsantrag sei auf Ersuchen des Auftraggebers zurückgezogen worden.

Ungeachtet dessen sei der Antragsteller nach dem Widerruf der Ausschreibung im Rahmen des nunmehrigen Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Legung eines Angebotes aufgefordert worden. Im Zuge eines Telefonates des Antragstellers mit dem Auftraggeber (M***) habe dieser versichert, dass das vom Antragsteller im vorhergehenden Vergabeverfahren vorgelegte L***- Zertifikat völlig in Ordnung sei. Es könne daher das bekannte L***- Zertifikat beigelegt werden und im Begleitschreiben zum Angebot der Wert von 100% NaCl- Anteil erklärt werden.

Der Antragsteller habe daraufhin ein Angebot für Los 5 mit dem genannten L***- Zertifikat gelegt. In diesem italienischen Zertifikat werde ein Reinheitsgehalt des angebotenen Salzes von 100% bestätigt. Gängige Praxis in Italien sei, dass ab einem Reinheitsgehalt von über 99,9% ein Zertifikat über den Reinheitsgehalt des Salzes von 100% ausgestellt werde. Aus den übrigen Werten könne ein Verunreinigungsanteil des angebotenen Salzes unschwer ermittelt werden. Durch einfache Subtrahierung der Verunreinigungen könne der exakte Reinheitsgehalt leichter errechnet werden.

Daraus ergebe sich ein exakter NaCl-Anteil von 99,9389%. Dementsprechend habe der Antragsteller im Begleitschreiben zu seinem Angebot den im L***- Zertifikat nachgewiesenen NaCl-Anteil von 100% erläutert. Darin sei ausgeführt, dass sich die Verunreinigungen, die in diesem Zertifikat ebenfalls genau spezifiziert worden seien, sich im ppm-Bereich bewegen würden. Dies sei in gewissen Ländern absolut Usance. Ein für österreichische Usancen übliches Zertifikat könne nachgereicht werden, in dem der NaCl-Anteil mit 99,9% zuzüglich der Verunreinigungen angegeben werde. Die ausgewiesenen 100% NaCl-Anteil seien kein Formfehler.

Das Angebot des Antragstellers widerspreche nicht Pkt. 3.6. der Angebotsunterlagen. Es enthalte nämlich nicht Salz mit mehr als 100% Inhaltsstoffen. Dies ergebe sich auch aus dem beigebrachten L***- Zertifikat, in welchem auch die exakten Anteile der Verunreinigung des Salzes angeführt seien. Die dort ausgewiesenen Verunreinigungen seien dem

NaCl-Anteil nicht hinzuzufügen sondern vielmehr abzuziehen. Das vom Antragsteller angebotene Salz enthalte somit einen exakten NaCl-Anteil von 99,9389%, sowie einen Anteil von 0,0100% Feuchtigkeit, 0,0260% Sulfate, 0,0010% Kalzium, 0,0010% Magnesium, 0,0230% Unlöslichkeit im Wasser und 0,0001% Cykanide. Der Auftraggeber hätte einen entsprechend sachverständigen Mitarbeiter heranziehen können.

Außerdem sei das eingereichte L***- Zertifikat über die ausgewiesenen NaCl-Anteile im Begleitschreiben zum Angebot erläutert und mit 99,9% angegeben worden. Der Antragsteller habe daher kein Salz mit einem NaCl-Anteil von 100% angeboten, sodass auch nicht nachzuweisen gewesen sei, dass chemisch absolut reines NaCl vorliege.

Im Aufklärungsgespräch vom 8.8.2006 sei dem Antragsteller lediglich mitgeteilt worden, dass das Angebot Inhaltsstoffe von über 100% enthalte und deshalb nicht den Ausschreibungsbedingungen entspreche. Die Ausführungen des Antragstellers zum eingereichten L***- Zertifikat seien weder protokolliert noch berücksichtigt worden. Vielmehr habe der Vertreter des Auftraggebers (M***) versichert, dass es im Leid tue, einen Fehler gemacht zu haben.

Eine Angebotsänderung hätte nicht erfolgen können, da der NaCl-Anteil ohnedies aufgrund der im L***- Zertifikat ausgewiesenen Inhaltsstoffe unverrückbar sei. Die Vorgangsweise des Auftraggebers stehe auch im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des EuGH betreffend die Grundsätze der Angebotsprüfung. Würde das vorgelegte italienische Zertifikat als unzureichend und fehlerhaft qualifiziert, würde dies jedenfalls eine Diskriminierung von (italienischen oder in Italien produzierenden) Herstellern und Lieferanten und damit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bedeuten. Außerdem sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unzulässig, da die ursprünglichen Bedingungen für den Lieferauftrag grundlegend geändert worden seien. Wie sich aus der Zuschlagsentscheidung ergebe, habe das Angebot des Antragstellers 1.082.696 Bewertungspunkte erreicht und sei damit im Vergleich zu jenem des präsumtiven Zuschlagsempfängers (1.084.141 Punkte) das Bestangebot.

Der Antragsteller sei ein österreichisches Unternehmen, welches auf den Handel mit Öl sowie petrochemischen und ähnlichen Produkten, darunter auch Salz, spezialisiert sei.

Bereits durch die Angebotslegung ergebe sich das Interesse am Vertragsabschluss und sei durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages evident. Würde den Anträgen des Antragstellers auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben, hätte der Antragsteller keine Chance mehr den gegenständlichen Auftrag zu erhalten. Ihm entgingen daraus ein zu lukrierender Gewinn im Ausmaß von rund Euro 75.000,-- und ein wesentliches Referenzprojekt. Weiters drohe dem Antragsteller ein Schaden aus den frustrierten Kosten in der Höhe von rund Euro 640,--.

Der Antragsteller erachte sich hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung in seinem Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauterer Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf vergaberechtskonforme Angebotsprüfung und Bewertung, in jenem auf Gleichbehandlung aller Bieter und auf Nichtdiskriminierung, in jenem auf Nichtausscheiden des den Ausscheidensbestimmungen entsprechenden Angebotes, in jenem auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren und auf Zuschlagserteilung als Bestbieter verletzt. Hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung sei das Recht des Antragstellers auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauterer Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, jenes auf Gleichbehandlung aller Bieter und auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung sowie auf Zuschlagserteilung auf das Angebot als Bestbieter verletzt. Da die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung dem Antragsteller erst am 10.8.2006 zugegangen seien, seien auch die diesbezüglichen Anträge auf Nichtigerklärung jedenfalls rechtzeitig.

Die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung seien jedenfalls rechtswidrig. Das Angebot des Antragstellers sei im Hinblick auf den NaCl- Qualitätspunkt zum Nachteil unrichtig bewertet worden. Da der Antragsteller eine Gesamtpunkteanzahl von 1.082.696 - im Vergleich dazu der präsumtiven Zuschlagsempfänger 1.084.141 - erreicht habe, sei das Angebot des Antragstellers als technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot zu werten und hätte für den Zuschlag von Los 5 in Aussicht genommen werden müssen. Zur Interessenabwägung für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werde auf den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes hingewiesen. Besondere Gründe für eine Ausnahme von diesem Prinzip lägen im gegenständlichen Fall nicht vor. Auch stünden der Erlassung der einstweiligen Verfügung keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers oder sonstiger Mitbieter entgegen. Eine Gefährdung von Leib und Leben durch einen verzögerten Abschluss des Lieferauftrages sei bei einer Verzögerung von maximal sechs Wochen nicht gegeben.

Mit Schriftsatz vom 25.8.2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des in sechs Lose

aufgeteilten Lieferauftrages Euro 2,97 Mio. betrage, wobei jener für das Los 5 mit Euro 960.000,-- beziffert werde. Die Zuschlagsentscheidung betreffend Los 5 sei mit Faxmitteilung vom 10.8.2006 bekannt gegeben worden.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass für die erste Ausschreibung vom 28.4.2006, welche eine Vergabe des Lieferauftrages in Form eines offenen Verfahrens vorgesehen habe, die Widerrufserklärung am 24.7.2006 bekannt gegeben worden sei, da für sämtliche Lose kein geeignetes Angebot eingelangt sei. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes für das nunmehr in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 29 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 durchgeführten Vergabeverfahrens, sei am 25.7.2006 erfolgt. Der Antragsteller habe zu Los 5 Salz mit den Inhaltsstoffen NaCl-Anteil 100%, Ca/Mg/Kalium-Chlorid-Anteil 0,0% und 350mg/kg SO₄-Anteil angeboten. Beim Ca/Mg/Kalium-Chlorid-Anteil sei ein handschriftlicher Hinweis auf 0,03% angemerkt gewesen. Es sei denkunmöglich, dass ein Stoff 100% NaCl beinhalte und darüber hinaus noch 350mg/kg SO₄-Anteil. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass für die erste Ausschreibung vom 28.4.2006, welche eine Vergabe des Lieferauftrages in Form eines offenen Verfahrens vorgesehen habe, die Widerrufserklärung am 24.7.2006 bekannt gegeben worden sei, da für sämtliche Lose kein geeignetes Angebot eingelangt sei. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes für das nunmehr in Form eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 29, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 durchgeführten Vergabeverfahrens, sei am 25.7.2006 erfolgt. Der Antragsteller habe zu Los 5 Salz mit den Inhaltsstoffen NaCl-Anteil 100%, Ca/Mg/Kalium-Chlorid-Anteil 0,0% und 350mg/kg SO₄-Anteil angeboten. Beim Ca/Mg/Kalium-Chlorid-Anteil sei ein handschriftlicher Hinweis auf 0,03% angemerkt gewesen. Es sei denkunmöglich, dass ein Stoff 100% NaCl beinhalte und darüber hinaus noch 350mg/kg SO₄-Anteil.

Auch das dem Angebot beigelegte Vadium entspreche nicht den Anforderungen der Ausschreibung, zumal sich diese Garantie nicht auf Ansprüche im Fall des Konkurses oder Ausgleichs beziehe. Bei beiden angeführten Mängeln handle es sich um unbehebbar. Eine allfällige Mängelverbesserung würde nämlich zur Folge haben, dass das Angebot des Antragstellers anders zu bewerten sein würde und der Leistungsgegenstand geändert werden würde. Eine solche Änderung sei aber im Verfahrenstadium des Erstangebotes jedenfalls unzulässig. Das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers sei daher zu Recht erfolgt. Es mangle dem Antragsteller sohin an der Antragslegitimation. Der zur ersten Ausschreibung eingereichte Nachprüfungsantrag des Antragstellers sei nicht über Ersuchen von Hrn. N*** zurückgezogen worden, sondern habe dieser nur darauf hingewiesen, dass ein Nachprüfungsantrag ohne Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aussichtslos sei. Zwar sei das im Erstverfahren ausgeschriebene Los 1 nicht mehr Gegenstand der nunmehrigen Ausschreibung, die diesbezüglichen Einwendungen des Antragstellers seien jedoch präkludiert. M*** habe dem Antragsteller mitgeteilt, dass dessen Prüfzertifikat in Ordnung sei und darauf hingewiesen, dass im Begleitschreiben zum Angebot der Wert von "100% NaCl- Anteil" erklärt werden sollte. Der Antragsteller verkenne, dass das Angebot vom Prüfzertifikat zu unterscheiden sei. Entscheidend seien Angaben im Angebotsblatt, wobei es jedem Bieter offen stehe, vom Prüfzertifikat abweichende Angaben zu machen. Damit werde eine andere Qualität als die im Prüfzertifikat untersuchte Salzprobe angeboten. Das Prüfzertifikat bestätige lediglich die grundsätzliche Fähigkeit des Bieters, Salz in der angebotenen Qualität zu liefern. Abweichungen vom Prüfzertifikat seien daher nach den Ausschreibungsbedingungen zu erläutern gewesen. Diese Vorgangsweise sei auch bei Lärmschutzwänden hinsichtlich der Schalldämmmaße üblich. Biete der Bieter eine geringere Qualität, so werde er bei den Zuschlagskriterien schlechter bewertet, laufe aber nicht Gefahr, aufgrund geringerer Qualität gegenüber dem Prüfzertifikat vertragsstrafenpflichtig zu werden. Das Prüfzertifikat belege nur, dass der Antragsteller in der Lage sei, Salz der angebotenen Qualität überhaupt liefern zu können.

Die Aufklärungsgespräche im gegenständlichen Verfahren seien nur aus Gründen der Höflichkeit geführt worden. Der Auftraggeber hoffe, dass sich der Antragsteller bei weiteren Ausschreibungen zur Salzlieferung beteiligen werde, um den Wettbewerb zu fördern, zumal auf dem Salzlieferungsmarkt de facto monopolartige Zustände bestehen würden. Die Lieferung eines Salzes, das neben einem NaCl- Anteil von 100% noch andere Bestandteile aufweise, sei unmöglich, sodass das Angebot des Antragstellers zwingend auszuschneiden gewesen sei.

Zur Interessenabwägung werde darauf hingewiesen, dass es der Nachprüfungsbehörde nicht untersagt sei, bei einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Erfolgsaussichten mit zu berücksichtigen. Dem stehe auch nicht der Wortlaut des Bundesvergabegesetzes entgegen. Da das Angebot des Antragstellers evidenter Maßen zu Recht ausgeschlossen worden sei, seien die Erfolgsaussichten des Antragstellers in der Hauptsache de facto nicht vorhanden.

Das öffentliche Interesse überwiege damit weitgehend das Interesse des Antragstellers. Darüber hinaus habe der Auftraggeber für einen ordnungsgemäßen Straßenbetrieb schon für die ersten Schneefälle zu sorgen. Dieser

Verpflichtung könne er gerade bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht nachkommen.

Mit der vorliegenden Ausschreibung soll jenes Streusalz beschafft werden, welches bei den ersten Schneefällen zum Einsatz kommen solle. Die Salzlieferung habe daher vom jeweiligen ermittelten Bestbieter bis 15.10.2006 bzw. 31.10.2006 zu erfolgen. Dazu sei eine Zuschlagserteilung bis Ende September erforderlich. Salzrestbestände seien aufgrund des strengen Winters im Jahr 2005/2006 de facto nicht vorhanden. Das Los 5 sei mengenmäßig das größte. Selbst bei Zuschlag zu den Losen 1 und 3 könnte mit diesen nicht der Bedarf für die Standorte des Loses 5 in der Steiermark abgedeckt werden. Zudem sei es auch logistisch nicht möglich, tonnenweise Salz von mehreren Standorten zu den Standorten, für welche das Salz des Loses 5 bestimmt sei, zu liefern. Mit der vorliegenden Ausschreibung soll jenes Streusalz beschafft werden, welches bei den ersten Schneefällen zum Einsatz kommen solle. Die Salzlieferung habe daher vom jeweiligen ermittelten Bestbieter bis 15.10.2006 bzw. 31.10.2006 zu erfolgen. Dazu sei eine Zuschlagserteilung bis Ende September erforderlich. Salzrestbestände seien aufgrund des strengen Winters im Jahr 2005 aus 2006, de facto nicht vorhanden. Das Los 5 sei mengenmäßig das größte. Selbst bei Zuschlag zu den Losen 1 und 3 könnte mit diesen nicht der Bedarf für die Standorte des Loses 5 in der Steiermark abgedeckt werden. Zudem sei es auch logistisch nicht möglich, tonnenweise Salz von mehreren Standorten zu den Standorten, für welche das Salz des Loses 5 bestimmt sei, zu liefern.

Der Auftraggeber habe für den Beschaffungsfortgang ein Nachprüfungsverfahren einkalkuliert. Der Zeitplan sei jedoch durch den Widerruf des offenen Verfahrens zunichte gemacht worden. Es könne auch dem Auftraggeber nicht angelastet werden, dass sämtliche Bieter im offenen Verfahren ein nicht ausschreibungskonformes Angebot gelegt hätten. Es würden daher die öffentlichen Interessen jene des Antragstellers überwiegen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Antragstellers sei daher zurück- in eventu abzuweisen. Dies werde auch für sämtliche anderen Anträge des Antragstellers beantragt.

Mit Schriftsatz vom 25.8.2006 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger vor, dass der offenkundig unzulässige Nachprüfungsantrag des Antragstellers a limine ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen sei. Es sei objektiv unmöglich, Salz mit 100,0260% Inhaltsstoffen anzubieten. Der Antragsteller hätte es auch ohne weiteres in der Hand gehabt, sein Angebot so nachvollziehbar zu erläutern, dass für den Auftraggeber die Plausibilität im Rahmen der Angebotsprüfung ohne weitere technische Prüfung möglich gewesen sei. Der Antragsteller gestehe vielmehr ein, dass das Zertifikat vom Angebot abweiche und dieser Mangel nicht rechtzeitig erläutert worden sei. Außerdem ergebe sich aus den Ausschreibungsunterlagen, dass ein Angebot mit 100% NaCl nur dann zugelassen werde, wenn nachweislich chemisch absolut reines NaCl angeboten worden sei.

Aus den Angaben zur Feuchtigkeit, zu den Sulfaten, Kalicium und Magnesium sowie Cyanide ergebe sich, dass der Antragsteller niemals chemisch absolutes reines NaCl anbieten wollte. Es erweise sich damit sowohl das Angebot als auch das Zertifikat mit einem unbehebbaeren Mangel behaftet, sodass das Angebot zwingend auszuschneiden gewesen sei.

Voraussetzung für Verhandlungen sei ein ausschreibungsgemäßes Erstangebot. Es komme daher auch nicht darauf an, ob der Antragsteller in den Verhandlungen vom 8.8.2006 sein Angebot um 1% NaCl reduziere und damit verbessere. Der Nachprüfungsantrag sei damit klar und zweifelsfrei offenkundig unzulässig und daher zurückzuweisen, sodass auch die Antragsvoraussetzungen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung fehlen würden und dieser abzuweisen sei.

Der Hinweis des Antragstellers auf die "offensichtliche Sinnlosigkeit einer nochmaligen Angebotslegung" offenbare, dass der Antragsteller bei seinem Telefonat mit M*** neuerlich ein "mehr als 100%iges" Angebot legen wollte, das er aufgrund offensichtlicher Sinnlosigkeit gar nicht erklären hätte können. Die ASFINAG verfüge über keinerlei bestehende Verträge, um den Salzbedarf noch decken zu können. Ohne die ausgeschriebenen Salzlieferungen wäre ein gefahrloser, gesetzeskonformer Straßenbetrieb ab spätestens Ende Oktober nicht mehr möglich. Die einstweilige Verfügung vom 21.6.2006 sei auch damit begründet, dass die Lose 1, 3 und 5 die flächendeckende Versorgung mit Streusalz jedenfalls gewährleisten würden. Eine Gefahr für Leib und Leben sei zu befürchten, wenn die begehrte einstweilige Verfügung erlassen würde und damit das Los 5 für den Bereich Steiermark gänzlich von der Salzversorgung abgeschnitten werde. Die Salzmenngen von Los 5 seien so groß, dass etwa auch eine rechtmäßige Direktvergabe wegen Gefahr in Verzug nicht ohne weiters erfolgen werde könne.

Bei der Erlassung einer einstweiligen Verfügung komme es zu einer zeitlichen Verzögerung von zumindest sechs

Wochen. Dadurch wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger gezwungen, 12.800t Siedesalz vorzuhalten, was nicht gesondert vergütet werden würde. Eine Lagerhaltung dieser Menge Salz erzeuge Kosten von Euro 6.400,--/Monat, sodass eine verspätete Auslieferung um zwei Monate auf einen Finanzierungsschaden von Euro 12.800,-

hinauslaufe. Zudem würden ab November Winterpreise gelten, womit Winterware zum Sommerpreis zu liefern sei, wodurch ein Schaden von rund Euro 128.000,-- entstehe.

Die Trennung zwischen Sommer- und Wintereinlagerung habe den Zweck, dass der Auftraggeber einen Teil seines Salzvorrates zu günstigeren Sommerpreisen erwerben und einlagern könne. Da auch derzeit eine bemerkenswerte Anzahl von Salzausschreibungen verschiedener öffentlicher Auftraggeber in Gang sei, könne es auch zu einer Salzverknappung kommen.

Bei einer entsprechenden Verschiebung durch die einstweilige Verfügung würde ein erheblicher Vertrauensschaden in der Höhe von Euro 256.000,-- drohen. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung verunmögliche nicht nur die Durchführung der konkreten Ausschreibung sondern auch jene für die Wintereinlagerung für Los 5.

Eine Bindung einer vielfachen Menge an nachgefragtem Salz könne auch zu einer substantiellen Preisanhebung führen. Der Markt und der Wettbewerb für Auftausalz sei in Österreich entscheidend getroffen und verunsichert. Könnte das restliche Verhandlungsverfahren nicht mehr rechtzeitig zum Ende der Sommereinlagerung abgeschlossen werden, sei dieses zu widerrufen, wodurch der Weg für eine eindeutige Vergabesituation im Rahmen der Winterausschreibung freigemacht wäre. Chemisch absolut reines NaCl stehe jedenfalls nicht mit der Behauptung im Einklang, dass der exakte NaCl- Anteil 99,9389% betrage. "Siedesalz iperpuro" sei eine andere Qualität als "chemisch absolut rein". Der Begriff "chemisch rein" bedeute, dass keine mit chemischen Hilfsmitteln nachweisbaren Verunreinigungen mehr vorliegen dürften. Die Qualität "iperpuro" sei nicht mit absolut reinem NaCl gleichzusetzen. Die in den Angebotsunterlagen benannten technischen Parameter seien ausschließlich auf Absolutwerte anzuwenden (siehe Teil C 1.2.1.3.2). Zwar sei laut den Angebotsunterlagen bei Siedesalz eine Feuchtigkeit von maximal 0,6 Gewichtsprozent zulässig, absolute Ausnahme sei reines NaCl, das auch keine Feuchtigkeit mehr enthalten dürfte.

Der Auftraggeber hätte den Antragsteller mangels Leistungsfähigkeit nicht zur Angebotslegung einladen dürfen. Es wäre zu bedenken gewesen, dass die Lieferung bereits im Winter zu erbringen sei. Die Entscheidung des Auftraggebers, den Antragsteller zur Angebotslegung einzuladen, gehe aber in der Zuschlagsentscheidung auf, sodass diese nicht gesondert angefochten werden müsse. Der Antragsteller beziehe sein Salz aus Ravenna, wo es verladen und auf dem Landweg zu den Einlagerungsstellen geliefert werden müsse. Der Auftraggeber habe nicht geprüft, ob der Antragsteller über eine hinreichende Lagermenge und Transportkapazität verfüge und nicht etwa ein verpönter Lagerverkauf getätigt werde. Ein Verfügbarkeitsnachweis über einen besichtigten Lagervorrat könne selbstverständliche durch geeignete Dokumente schon mit der Angebotslegung leicht und zweifelsfrei erbracht werden. Sofern der Antrag nicht ohnedies bereits wegen offenkundigen Fehlens der Legitimation zurückgewiesen werde, werde der Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt sowie auf Beiziehung eines Sachverständigen für Chemie zum Beweis der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes des Antragstellers.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13 u.a.).Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13 u.a.).

Der Antragsteller hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt, wobei ihm der Auftraggeber am 10.8.2006 sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung zu Los 5 bekannt gegeben hat. Ob das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden wurde und die Zuschlagsentscheidung gesetzeskonform ergangen ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werde. Die Klärung dieser Frage wird Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe des Loses 5 an die B*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller

dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Von einem in § 328 Abs. 2 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg. cit. ist nicht auszugehen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass selbst der präsumtive Zuschlagsempfänger in seiner Stellungnahme vom 25.8.2005 zur Klärung der Frage des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers die Beiziehung eines Sachverständigen für Chemie beantragt hat. Von einem in Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. ist nicht auszugehen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass selbst der präsumtive Zuschlagsempfänger in seiner Stellungnahme vom 25.8.2005 zur Klärung der Frage des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers die Beiziehung eines Sachverständigen für Chemie beantragt hat.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg. cit. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 erbracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 erbracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages römisch zwei. Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages:

Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit dem geschätzten Auftragswert von Euro 2,79 Mio., wobei der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses 5 Euro 960.000,-- beträgt, ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit dem geschätzten Auftragswert von Euro 2,79 Mio., wobei der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses 5 Euro 960.000,-- beträgt, ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Gemäß § 329 Abs. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste

noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg. cit. 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 leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, 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 329, Absatz 3, leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, 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.

Der Auftraggeber bringt gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung einerseits vor, dass auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages in die Interessenabwägung mit einzubeziehen seien. Da die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages aufgrund des evidenten Maßes zu Recht erfolgten Ausscheidens de facto nicht vorhanden seien, müsste die Interessenabwägung bereits aus diesem Grunde zugunsten des Auftraggebers ausgehen. Andererseits würden auch die öffentlichen Interessen bei weitem überwiegen, da der Auftraggeber für einen ordnungsgemäßen Straßenbetrieb auch für den Fall der ersten Schneefälle zu sorgen habe. Aufgrund der nicht vorhandenen Salzrestbestände seien Salzlieferungen bis spätestens Mitte/Ende Oktober erforderlich, um einen gefahrlosen gesetzeskonformen Straßenbetrieb zu gewährleisten. Der auch ein Nachprüfungsverfahren einkalkulierende Zeitplan sei durch die Pflicht des Widerrufs des offenen Verfahrens zunichte gemacht worden.

Auch der präsumtive Zuschlagsempfänger verweist auf die Befürchtung einer manifesten Gefahr für Leib und Leben, da ohne die ausgeschriebenen Salzlieferungen ein gefahrloser, gesetzeskonformer Straßenbetrieb ab spätestens Ende Oktober nicht mehr möglich sei. Darüber hinaus hebt der Auftraggeber hervor, dass die Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 21.8.2006, Zl. N/0069-BVA/04/2006-10 damit begründet worden sei, dass die Lose 1, 3 u. 5 die flächendeckende Versorgung mit Streusalz jedenfalls gewährleisten würden.

Diese Vorbringen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers vermögen insofern nicht zu überzeugen, als der Auftraggeber für die Vergabe des gegenständlichen Auftrages eine dreimonatige Zuschlagsfrist beginnend mit dem Ablauf der Angebotsfrist (4.8.2006) festlegt hat. Eine mit 3.10.2006 befristete einstweilige Verfügung, in der die Untersagung der Zuschlagserteilung zu Los 5 erfolgt, fällt im Hinblick auf die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte dreimonatige Zuschlagsfrist (Ende 3.11.2006) nicht ins Gewicht. Offensichtlich wurde im gegenständlichen Beschaffungsvorgang die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens in den Zeitplan einkalkuliert. Auch liegt kein offensichtlich erfolgloser Nachprüfungsantrag vor. Vielmehr können die aufgeworfenen Rechtsfragen nicht innerhalb der kurzen Entscheidungsfrist des Provisorialverfahrens gemäß § 330 Abs. 3 BVergG 2006 abschließend geklärt werden. Diese Vorbringen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers vermögen insofern nicht zu überzeugen, als der Auftraggeber für die Vergabe des gegenständlichen Auftrages eine dreimonatige Zuschlagsfrist beginnend mit dem Ablauf der Angebotsfrist (4.8.2006) festlegt hat. Eine mit 3.10.2006 befristete einstweilige Verfügung, in der die Untersagung der Zuschlagserteilung zu Los 5 erfolgt, fällt im Hinblick auf die vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte dreimonatige Zuschlagsfrist (Ende 3.11.2006) nicht ins Gewicht. Offensichtlich wurde im gegenständlichen Beschaffungsvorgang die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens in den Zeitplan einkalkuliert. Auch liegt kein offensichtlich erfolgloser

Nachprüfungsantrag vor. Vielmehr können die aufgeworfenen Rechtsfragen nicht innerhalb der kurzen Entscheidungsfrist des Provisorialverfahrens gemäß Paragraph 330, Absatz 3, BVergG 2006 abschließend geklärt werden.

Dem Vorbringen des präsuntiven Zuschlagsempfängers, dass die durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung bewirkte Verzögerung des Liefertermins und der Lieferfrist Vorhaltekosten und andere finanzielle Schäden sowie eine Wettbewerbsverzerrung für die Bieter und preissteigernde Konsequenzen für den Auftraggeber nach sich ziehen würde, ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, der in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u. a.). Dem Vorbringen des präsuntiven Zuschlagsempfängers, dass die durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung bewirkte Verzögerung des Liefertermins und der Lieferfrist Vorhaltekosten und andere finanzielle Schäden sowie eine Wettbewerbsverzerrung für die Bieter und preissteigernde Konsequenzen für den Auftraggeber nach sich ziehen würde, ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, der in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u. a.).

Auch das Argument des präsuntiven Zuschlagsempfängers, dass sowohl ihm als auch den nicht zum Zuge gekommenen Bieter bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Schaden drohe, vermag aus diesem Grund nicht zu überzeugen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nicht nur der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat, sondern auch der in Aussicht genommene präsuntive Zuschlagsempfänger mögliche Verzögerungen in Kauf zu nehmen hat (vgl. BVA 11.10.2004, 07N- 95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16). Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die oben aufgezeigte Dauer der Zuschlagsfrist im gegenständlichen Verfahren, während der der Bieter an sein Angebot gebunden ist. Auch das Argument des präsuntiven Zuschlagsempfängers, dass sowohl ihm als auch den nicht zum Zuge gekommenen Bieter bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Schaden drohe, vermag aus diesem Grund nicht zu überzeugen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nicht nur der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat, sondern auch der in Aussicht genommene präsuntive Zuschlagsempfänger mögliche Verzögerungen in Kauf zu nehmen hat vergleiche BVA 11.10.2004, 07N- 95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16). Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die oben aufgezeigte Dauer der Zuschlagsfrist im gegenständlichen Verfahren, während der der Bieter an sein Angebot gebunden ist.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggeber als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz

eins, BVergG 2006 ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggeber als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Dokumentnummer

VERGT_20060829_N_0071_BVA_04_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