

TE Bvwg Beschluss 2014/2/13 W187 2001000-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.02.2014

Entscheidungsdatum

13.02.2014

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

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

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

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

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

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

Spruch

W187 2001000-1/13Z

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag der Bietergemeinschaft xxxx und xxxx, vertreten durch xxxx Rechtsanwalt, xxxx, betreffend das Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), xxxx, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, xxxx, vom 6. Februar 2014 beschlossen:

I.römisch eins.

Dem Antrag, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt wird, wird stattgegeben. Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West" den Zuschlag zu erteilen. Dem Antrag, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt wird, wird stattgegeben. Das Bundesverwaltungsgericht untersagt der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West" den Zuschlag zu erteilen.

II.römisch zwei.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Am 5. Februar 2014 nach Ende der Amtsstunden, beim Bundesverwaltungsgericht daher am 6. Februar 2014 eingelangt, beantragte Bietergemeinschaft xxxx und xxxx, vertreten durch xxxx, Rechtsanwalt, xxxx, "dem Auftraggeber, ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, wird in dem Vergabeverfahren um den Bauauftrag für die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt", "das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GesmbH im Vergabeverfahren um die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), den Auftrag an die xxxx vergeben zu wollen, vom 27.01.2014 für nichtig erklären", "dem AG den Ersatz von EUR 9.234,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang an die Ast aufzuerlegen" und "auf Gewährung von umfassender Akteneinsicht und Anberaumung einer mündlichen Verhandlung". Nach Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, des Auftraggebers und Darstellung des Sachverhalts bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der xxxx als ausschreibungswidrig auszuschneiden sei. Nach den - beigelegten - Jahresabschlüssen verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin entgegen Position 00B1404C des Leistungsverzeichnisses kontinuierlich unter 50 Mitarbeiter, sodass die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei. Sie habe einen durchschnittlichen Jahresumsatz von etwa € 13 Mio. Deshalb habe sie nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Das Projektrisiko sei zu hoch, weil der Auftrag

nicht mehr als ein Drittel des Jahresumsatzes ausmachen solle. Bei einer Baudauer von einem Vierteljahr solle der gesamte Jahresumsatz erzielt werden. Die Antragstellerin beantragt die Beischaufung der vollständigen Jahresabschlüsse 2013, 2012 und 2011. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehle für Markierungsarbeiten, Vermessungsarbeiten laut Positionen 010301 "Aufnahme und Auswertung der Fräsflächen" und 010302 "Pinnensystem für Fräs- und Asphaltierungsarbeiten", die Herstellung von elastischen Belagsdehnfugen, die Durchführung von Betoninstandsetzungsarbeiten und die Durchführung von Brückenlagerwechseln bei dem Objekt G44.1 die Befugnis und andererseits mangels geeigneter Mitarbeiter und entsprechender Praxis die Eignung. Für eine Asphaltfräse sei eine Befugnis eine Abfallbehandlungsanlage und für den Betrieb eine Konzession als Abfallsammler und Abfallbehandler nach dem AWG erforderlich. In Analogie zu einer Brecheranlage sei eine Betriebsanlagenbewilligung gemäß §§ 52 und 53 AWG erforderlich. Darüber verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht. Die geforderten Referenzen für den Asphalteinbau von circa 100.000 t in circa fünf Monaten, das Fräsen nach Deckenbuch, den Asphalteinbau nach Deckenbuch, die Herstellung eines Pinnensystems, die Durchführung eines Lagertausches und die Bestandsplanung nach PlaDok fehlten der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe diese Sachverhalte nicht geprüft, weil sie offenkundig von keinem Bieter die entsprechenden Unterlagen eingeholt habe. Die Auftraggeberin habe offensichtlich weder den in Punkt 6.3.21 in B6 geforderten Bauzeitplan inklusive Darstellung des kritischen Weges, noch die Geräteliste des Punktes 6.3.17 oder den technischen Bericht zur Bauausführung in Punkt 6.3.18 verlangt. Für den gegenständlichen Auftrag sei die Vorhaltung von zwei Mischanlagen erforderlich, weil eine Mischanlage im Jahr ungefähr 100.000 t wirtschaftlich mischen könne und im gegenständlichen Auftrag binnen weniger Wochen 50.000 t gemischt werden müssten. Es könnten auch wenige Mischanlagen Recyclingmaterial zumischen. Über diese verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht. Der Baubeginn könne auch nicht vorverlegt werden. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre auch wegen nicht plausibler Preiszusammensetzung auszuschneiden. Die Mischanlage der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin befinde sich in Leibnitz, die Baustelle in Völkermarkt. Der Transport wäre über 200 km zu bewerkstelligen. Diese Transportkosten seien nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die Verkürzung der Bauzeit um 15 Tage bewirke Forcierungskosten von circa 11 %, sodass der angebotene Preis nicht plausibel sein könne. Zu berücksichtigen sei Nacharbeit. Die Transportkapazität entspreche nicht der Einbauleistung. In Kärnten und der Steiermark gebe es die erforderlichen geheizten Ladebrücken in der nötigen Anzahl nicht einmal. Die Strecke von 120 km zwischen der Mischanlage und der Baustelle erfordere den Einsatz von mindestens 40 LKW und müsse kalkulatorisch berücksichtigt werden. Ein einzelner Fertiger könne bei entsprechender Belieferung ohne weiteres 3000 t pro Tag einbauen. Zu den angebotenen Preisen ließen sich die Arbeiten nicht durchführen. Die Subunternehmer seien zu benennen, insbesondere für alle Leistungen, die die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht selbst erbringen könne. Dies seien beispielsweise Ingenieurleistungen, Vermessungsleistungen, elektrotechnische Leistungen, Schlosserarbeiten, Leitschienen- und Lärmschutzwanderrichtung sowie der Lagertausch. Für den letztgenannten sei ein sogenannter "Lagerführerschein" erforderlich. Bei der Berechnung der Kosten für die Reststoffdeponie sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wahrscheinlich ein Kalkulationsfehler hinsichtlich der Deponiegebühren und der mit LKW zu fahrenden Strecken unterlaufen. Aus Marktbeobachten sei der Antragstellerin bekannt, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine Referenzen im Straßenbau im übergeordneten Straßennetz mit einem Umsatzvolumen von mehr als €Am 5. Februar 2014 nach Ende der Amtsstunden, beim Bundesverwaltungsgericht daher am 6. Februar 2014 eingelangt, beantragte Bietergemeinschaft xxxx und xxxx, vertreten durch xxxx, Rechtsanwalt, xxxx, "dem Auftraggeber, ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, wird in dem Vergabeverfahren um den Bauauftrag für die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt", "das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GesmbH im Vergabeverfahren um die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), den Auftrag an die xxxx vergeben zu wollen, vom 27.01.2014 für nichtig

erklären", "dem AG den Ersatz von EUR 9.234,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang an die Ast aufzuerlegen" und "auf Gewährung von umfassender Akteneinsicht und Anberaumung einer mündlichen Verhandlung". Nach Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, des Auftraggebers und Darstellung des Sachverhalts bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der xxxx als ausschreibungswidrig auszuschneiden sei. Nach den - beigelegten - Jahresabschlüssen verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin entgegen Position 00B1404C des Leistungsverzeichnisses kontinuierlich unter 50 Mitarbeiter, sodass die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei. Sie habe einen durchschnittlichen Jahresumsatz von etwa € 13 Mio. Deshalb habe sie nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Das Projektrisiko sei zu hoch, weil der Auftrag nicht mehr als ein Drittel des Jahresumsatzes ausmachen solle. Bei einer Baudauer von einem Vierteljahr solle der gesamte Jahresumsatz erzielt werden. Die Antragstellerin beantragt die Beischafterung der vollständigen Jahresabschlüsse 2013, 2012 und 2011. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehle für Markierungsarbeiten, Vermessungsarbeiten laut Positionen 010301 "Aufnahme und Auswertung der Fräsflächen" und 010302 "Pinnensystem für Fräs- und Asphaltierungsarbeiten", die Herstellung von elastischen Belagsdehnfugen, die Durchführung von Betoninstandsetzungsarbeiten und die Durchführung von Brückenlagerwechseln bei dem Objekt G44.1 die Befugnis und andererseits mangels geeigneter Mitarbeiter und entsprechender Praxis die Eignung. Für eine Asphaltfräse sei eine Befugnis eine Abfallbehandlungsanlage und für den Betrieb eine Konzession als Abfallsammler und Abfallbehandler nach dem AWG erforderlich. In Analogie zu einer Brecheranlage sei eine Betriebsanlagenbewilligung gemäß Paragraphen 52 und 53 AWG erforderlich. Darüber verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht. Die geforderten Referenzen für den Asphalteinbau von circa 100.000 t in circa fünf Monaten, das Fräsen nach Deckenbuch, den Asphalteinbau nach Deckenbuch, die Herstellung eines Pinnensystems, die Durchführung eines Lagertausches und die Bestandsplanung nach PlaDok fehlten der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe diese Sachverhalte nicht geprüft, weil sie offenkundig von keinem Bieter die entsprechenden Unterlagen eingeholt habe. Die Auftraggeberin habe offensichtlich weder den in Punkt 6.3.21 in B6 geforderten Bauzeitplan inklusive Darstellung des kritischen Weges, noch die Geräteliste des Punktes 6.3.17 oder den technischen Bericht zur Bauausführung in Punkt 6.3.18 verlangt. Für den gegenständlichen Auftrag sei die Vorhaltung von zwei Mischanlagen erforderlich, weil eine Mischanlage im Jahr ungefähr 100.000 t wirtschaftlich mischen könne und im gegenständlichen Auftrag binnen weniger Wochen 50.000 t gemischt werden müssten. Es könnten auch wenige Mischanlagen Recyclingmaterial zumischen. Über diese verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht. Der Baubeginn könne auch nicht vorverlegt werden. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre auch wegen nicht plausibler Preiszusammensetzung auszuschneiden. Die Mischanlage der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin befinde sich in Leibnitz, die Baustelle in Völkermarkt. Der Transport wäre über 200 km zu bewerkstelligen. Diese Transportkosten seien nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die Verkürzung der Bauzeit um 15 Tage bewirke Forcierungskosten von circa 11 %, sodass der angebotene Preis nicht plausibel sein könne. Zu berücksichtigen sei Nacharbeit. Die Transportkapazität entspreche nicht der Einbauleistung. In Kärnten und der Steiermark gebe es die erforderlichen geheizten Ladebrücken in der nötigen Anzahl nicht einmal. Die Strecke von 120 km zwischen der Mischanlage und der Baustelle erfordere den Einsatz von mindestens 40 LKW und müsse kalkulatorisch berücksichtigt werden. Ein einzelner Fertiger könne bei entsprechender Belieferung ohne weiteres 3000 t pro Tag einbauen. Zu den angebotenen Preisen ließen sich die Arbeiten nicht durchführen. Die Subunternehmer seien zu benennen, insbesondere für alle Leistungen, die die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht selbst erbringen könne. Dies seien beispielsweise Ingenieurleistungen, Vermessungsleistungen, elektrotechnische Leistungen, Schlosserarbeiten, Leitschienen- und Lärmschutzwanderrichtung sowie der Lagertausch. Für den letztgenannten sei ein sogenannter "Lagerführerschein" erforderlich. Bei der Berechnung der Kosten für die Reststoffdeponie sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wahrscheinlich ein Kalkulationsfehler hinsichtlich der Deponiegebühren und der mit LKW zu fahrenden Strecken unterlaufen. Aus Marktbeobachten sei der Antragstellerin bekannt, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine Referenzen im Straßenbau im übergeordneten Straßennetz mit einem Umsatzvolumen von mehr als €

1.000.000 und Auftragserteilung ab dem 1. Jänner 2002 und insbesondere beim Lagertausch aufweise. Als drohenden Schaden macht die Antragstellerin den Entgang einer Referenz, die Kosten der Angebotserstellung, der Rechtsvertretung und der Vorhaltung von Ressourcen sowie das Erfüllungsinteresse geltend. Sie erachtet sich in dem Recht auf Ausscheiden eines spekulativen Angebots, dem Recht auf fairen und lauterem Wettbewerb, dem Recht auf

Gleichbehandlung, dem Recht auf Einhaltung der Selbstbindung der Ausschreibungsbedingungen durch den Auftraggeber, dem Recht auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, dem Recht auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, dem Recht auf Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und der Beachtung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbes, dem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter und dem Recht auf den Zuschlag, im Speziellen dem Recht auf das Ausscheiden spekulativer Konkurrenzofferte, dem Recht auf das Ausscheiden von Angeboten, die nur durch Wertung nicht ausgeschriebener Zuschlagskriterien vorgereicht werden, dem Recht auf das Ausscheiden von Angeboten nicht geeigneter Bieter, denen insbesondere die technische Leistungsfähigkeit mangelt, dem Recht auf eingehende Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit und der Preisplausibilität und dem Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, die nicht mindestens 50 Mitarbeiter beschäftigen und/oder einen so geringen bauspezifischen Jahresumsatz aufweisen, dass ein zulässig hohes Projektrisiko entsteht, verletzt. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit nennt die Antragstellerin das Fehlen der geforderten 50 Mitarbeiter, das zu hohe Projektrisiko, den Mangel an technischer Leistungsfähigkeit, das Unterbleiben der Prüfung der Eignung durch die Auftraggeberin und einer vertieften Angebotsprüfung.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die Antragstellerin aus, dass die Bauzeit ausschreibungsgemäß äußerst knapp und im Hinblick auf die Ferien und andere Begleitumstände der öffentlichen Straßennutzung eingeschränkt sei. Es bestehe daher die hohe Wahrscheinlichkeit, dass die ASFINAG geltend machen werde, dass sie einen öffentlichen Versorgungsauftrag gar nicht mehr erfüllen könne, wenn die Vergabe nicht noch im Februar 2014 erfolge. Ein Indiz sei auch, dass trotz der ohnedies technisch knappen Bauzeit, die es sehr schwierig mache, die ausgeschriebenen Qualitäten einzuhalten, eine Bauzeitverkürzung von weiteren 15 Tagen ausgeschrieben werde. Aus diesem Grund könne bei einer wertenden Beurteilung der Interessen eine allenfalls jetzt vorliegende Zeitknappheit als selbstverschuldet keinesfalls gewürdigt werden. Andererseits entspreche es der ständigen Rechtsprechung, dass einstweilige Verfügungen in der Regel zu erlassen seien, weil der nützliche Effekt des Gemeinschaftsrechtes und des Vergaberechtsschutzes überhaupt nur dadurch eintreten könne, dass die Zuschlagsentscheidung bis zu Entscheidung des Vergabekontrollgerichtes aufgeschoben werde. Dazu komme, dass nunmehr die Entscheidungsfrist gesetzlich ohnedies mit sechs Wochen limitiert sei, eine Zeit, die ein öffentlicher Auftraggeber leicht in sein Zeitkalkül einrechnen könne, zumal er für jede der in Betracht kommenden anfechtbaren Entscheidungen jeweils eine gesonderte Sechswochenfrist einzurechnen habe. Außerdem würden eine Reihe von Schäden eintreten wie beispielsweise Verschiebung von Marktanteilen, Erwirkung von Referenzen, Eingriff in den Wettbewerb zwischen den Antragstellern und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, die nicht in Geld ausgeglichen werden können, sodass schon das Wettbewerbsprinzip den Aufschub der Zuschlagserteilung fordere.

Am 7. Februar 2014, beim Bundesverwaltungsgericht am 10. Februar 2014 eingelangt, erhob die xxxx xxxx, vertreten durch MMag. xxxx, begründete Einwendungen. Darin bestritt sie das Vorbringen der Antragstellerin zur Gänze. Sie habe ein fristgerecht ausschreibungskonformes Angebot gelegt, das zweifellos das Bestangebot sei. Sie verfüge über die geforderte Eignung. Ihr Angebot sei plausibel kalkuliert. Dem Vergabeakt sei dies zu entnehmen. Durch die Abgabe ihres Angebots habe sie das Interesse am Auftrag nachgewiesen. Sie verwies auf den Grundsatz der Vertraulichkeit ihrer Angaben und der diesbezüglichen Kalkulation und sprach sich gegen eine Einsichtnahme der Antragstellerin in ihr Angebot aus.

Am 10. Februar 2014, beim Bundesverwaltungsgericht am 11. Februar 2014 eingelangt, erteilte die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), xxxx Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, xxxx, allgemeine Auskünfte, teilte mit, dass sie zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein Vorbringen erstatte, und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Am 11. Februar 2014 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH führt unter der Bezeichnung "A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West" ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Ausschreibungsgegenstand sind Generalplanerleistungen. Der CPV-Code ist 45233110 - Bauarbeiten für Autobahnen. Es handelt sich um einen

Bauftrag. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 11,925.000 ohne USt. Dazu veröffentlichte die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der EU und im Amtlichen Lieferungsanzeiger eine Bekanntmachung. Die Auftraggeberin öffnete die Angebote am 16. Dezember 2013. Die vier billigsten Bieter waren die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von € 12.595.343,60, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit einer Angebotssumme von €

12.600.671,51, und zwei weitere Bieter mit Angebotssummen von €

13.132.628,07 und € 13.331.839,90 jeweils ohne USt. Die Auftraggeberin teilte die angefochtene Zuschlagsentscheidung allen Bietern am 27. Jänner 2014 per Telefax mit. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Auftraggeberin hat weder den Zuschlag erteilt noch den Widerruf erklärt. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

9.234. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 311 BVergG sind in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

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

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

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht 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 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die

einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht 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.

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVA 14. 8. 2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr, zB BVA 14. 8. 2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher vorläufig davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung von Verhandlungen beabsichtigt ist, ohne die Antragstellerin einzubeziehen. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen

einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Durchführung von Verhandlungen beabsichtigt ist, ohne die Antragstellerin einzubeziehen. Es kann aus der Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie daher an einem sodann rechtmäßigen Verfahren erfolgreich teilnehmen wird können, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung müssen daher - bei Nichtüberwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG - Maßnahmen getroffen werden, die eine spätere den Grundprinzipien des Vergaberechts entsprechende Teilnahme am Vergabeverfahren über die ausgeschriebenen Leistungen und eine Zuschlagserteilung ermöglicht. Zur wirksamen Sicherung dieser möglicherweise bestehenden Ansprüche muss daher das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten werden, der eine allfällige spätere Teilnahme und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen im Erhalt des Auftrags.

Die Auftraggeberin brachte keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden eigenen und öffentlichen Interessen vor.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Die Auftraggeberin hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend gemacht.

Öffentliche Interessen, die eine sofortige Vergabe des Auftrags erforderlich machen würden, sind nicht ersichtlich.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ermöglicht. Bei beabsichtigter Einladung von Bewerbern zur Angebotslegung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich)

der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23).

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichts davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Interessensabwägung, unmittelbar drohende Schädigung, Untersagung der Zuschlagserteilung, Zuschlagsverbot für die Dauer des

Nachprüfungsverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W187.2001000.1.00

Zuletzt aktualisiert am

07.08.2014

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at