

TE Verg Bescheid 2013/6/27 N/0061-BVA/09/2013-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2013

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

bvERGg 2006 §329 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn Einhausung Zederhaus, Elektrotechnische und maschinelle Ausrüstung (EM), Örtliche Bauaufsicht, Einhausung Zederhaus (ÖBA - EM)" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 19. Juni 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 20. Juni 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn Einhausung Zederhaus, Elektrotechnische und maschinelle Ausrüstung (EM), Örtliche Bauaufsicht, Einhausung Zederhaus (ÖBA - EM)" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 19. Juni 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 20. Juni 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens der Auftraggeberin bzw der vergebenden Stelle untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere eine Zuschlagsentscheidung zu treffen, dies bis zur Entscheidung über den im Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird abgewiesen. Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens der Auftraggeberin bzw der vergebenden Stelle untersagen, das Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere eine Zuschlagsentscheidung zu treffen, dies bis zur Entscheidung über den im Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren eine Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Das darüber hinausgehende Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 19. Juni 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 20. Juni 2013, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Daneben stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 19.6.2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handle, der in einem offenen Verfahren zur Vergabe gelangen solle. Mit E-Mail der vergebenden Stelle von 17.6.2013 sei mitgeteilt worden, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 3 BVergG ausgeschieden worden sei. Diese Entscheidung werde angefochten. Mit Schriftsatz vom 19.6.2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handle, der in einem offenen Verfahren zur Vergabe gelangen solle. Mit E-Mail der vergebenden Stelle von 17.6.2013 sei mitgeteilt worden, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG ausgeschieden worden sei. Diese Entscheidung werde angefochten.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein vollständiges Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsöffnung sei festgestellt worden, dass die Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von Euro XXXX netto das günstigste Angebot gelegt habe. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein vollständiges Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsöffnung sei festgestellt worden, dass die Antragstellerin mit einem Gesamtpreis von Euro römisch 40 netto das günstigste Angebot gelegt habe.

In der Folge habe die Antragstellerin über AVA-online eine Aufforderung zur Aufklärung gemäß § 126 BVergG hinsichtlich eines Rechenfehlers erhalten. Die vergebende Stelle habe im Zuge der Angebotsprüfung demnach festgestellt, dass das Angebot in Position 1.7/1 beim Positionspreis einen Rechenfehler aufweise. Aufgrund dessen habe die vergebende Stelle noch vor Aufklärung durch die Antragstellerin auf Grundlage der Menge und dem angegebenen Einheitspreis den Positionspreis auf Euro XXXX "korrigiert". Daraus habe sich aus Sicht der vergebenden Stelle eine neue Angebotssumme in Höhe von Euro XXXX ergeben. In der Folge habe die Antragstellerin über AVA-online eine Aufforderung zur Aufklärung gemäß Paragraph 126, BVergG hinsichtlich eines Rechenfehlers erhalten. Die vergebende Stelle habe im Zuge der Angebotsprüfung demnach festgestellt, dass das Angebot in Position 1.7/1 beim Positionspreis einen Rechenfehler aufweise. Aufgrund dessen habe die vergebende Stelle noch vor Aufklärung durch die Antragstellerin auf Grundlage der Menge und dem angegebenen Einheitspreis den Positionspreis auf Euro römisch 40 "korrigiert". Daraus habe sich aus Sicht der vergebenden Stelle eine neue Angebotssumme in Höhe von Euro römisch 40 ergeben.

Die ausschreibende Stelle habe der Antragstellerin dazu die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Gleichzeitig habe sie darauf hingewiesen, dass der Angebotspreis nach der vom Auftraggeber vorgenommenen Korrektur als ungewöhnlich niedrig zu qualifizieren sei, da er um mehr als 30% unter dem Median liege.

Die Antragstellerin habe fristgerecht mit Schreiben vom 10.6.2013 hiezu Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass in die entsprechende Bieterlücke tatsächlich ein unrichtiger Einheitspreis eingesetzt worden sei, der Positionspreis von Euro XXXX jedoch richtig sei. Daraus ergebe sich im Ergebnis auch, dass beim Angebotspreis bzw. Gesamtpreis keine Änderung auftrete und dieser daher im abgegebenen Angebot richtig sei. Die Antragstellerin habe fristgerecht mit Schreiben vom 10.6.2013 hiezu Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass in die entsprechende Bieterlücke tatsächlich ein unrichtiger Einheitspreis eingesetzt worden sei, der Positionspreis von Euro römisch 40 jedoch richtig sei. Daraus ergebe sich im Ergebnis auch, dass beim Angebotspreis bzw. Gesamtpreis keine Änderung auftrete und dieser daher im abgegebenen Angebot richtig sei.

Dennoch sei das Angebot ausgeschieden worden. Dies mit der Begründung, es wäre rechnerisch fehlerhaft und würde nach erfolgter Korrektur den Ausschreibungsbedingungen widersprechen. Es sei neuerlich auf die Unterpreisigkeit Bezug genommen worden. Mit dem Aufklärungsschreiben der Antragstellerin habe sich die vergebende Stelle offensichtlich überhaupt nicht auseinander gesetzt.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Erhalt des Auftrages und sei auch in der Lage, der ausgeschriebenen Leistungen durchzuführen. Auch handle sich um ein wichtiges Referenzprojekt. Das Interesse am Vertragsabschluss sei durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und durch das Aufklärungsschreiben vom 10.6.2013 zum Ausdruck gebracht worden.

Der Schaden setze sich aus dem entgangenen Gewinn sowie aus voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefiziten zusammen. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers verliere die Antragstellerin die Chance auf Zuschlagserhalt. Hinzu käme noch frustrierte Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die Erstellung des Angebots. Auch seien bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung aufgelaufen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidensentscheidung in ihrem Recht verletzt, ungerechtfertigt nicht den Zuschlag zu erhalten. Das Angebot der Antragstellerin sei jenes mit dem günstigsten Preis. Der Gesamtpreis des Angebotes setze sich aus dem Positionspreis laut LV zusammen, die wiederum auf den angegebenen Einheitspreisen beruhen würden.

Im Aufklärungsschreiben vom 10.6.2013 habe die Antragstellerin auf Folgendes hingewiesen:

Es sei richtig, dass die Summe aus dem angegebenen Einheitspreis von Euro XXXX und den angegebenen 12 Monaten nicht dem von der Antragstellerin eingesetzten Positionspreis von Euro XXXX entspreche. Dividiere man den richtigen Positionspreis von Euro XXXX nämlich durch 12 (Monate) ergebe dies eine (richtigen) Einheitspreis von Euro XXXX. In ihrer Stellungnahme habe die Antragstellerin dazu festgehalten, dass der Positionspreis von Euro XXXX richtig sei, jedoch der Einheitspreis aufgrund einer unrichtigen Eingabe im zugrunde liegenden Excel-Sheet falsch dividiert worden sei. Aufgrund eines Eingabefehlers sei er offensichtlich durch 24 anstatt durch 12 dividiert worden. Es sei richtig, dass die Summe aus dem angegebenen Einheitspreis von Euro römisch 40 und den angegebenen 12 Monaten nicht dem von der Antragstellerin eingesetzten Positionspreis von Euro römisch 40 entspreche. Dividiere man den richtigen Positionspreis von Euro römisch 40 nämlich durch 12 (Monate) ergebe dies eine (richtigen) Einheitspreis von Euro römisch 40. In ihrer Stellungnahme habe die Antragstellerin dazu festgehalten, dass der Positionspreis von Euro römisch 40 richtig sei, jedoch der Einheitspreis aufgrund einer unrichtigen Eingabe im zugrunde liegenden Excel-Sheet falsch dividiert worden sei. Aufgrund eines Eingabefehlers sei er offensichtlich durch 24 anstatt durch 12 dividiert worden.

Die Unrichtigkeit und damit auch die Erkennbarkeit für die vergebende Stelle dieses Einheitspreises von Euro XXXX ergebe sich aber auch aus einer einfachen wirtschaftlichen Betrachtung. Ein "Mann-Monat" in der örtlichen Bauaufsicht koste am Markt derzeit zwischen Euro XXXX und XXXX brutto. Wenn man daher, wie gegenständlich verlangt, mit eineinhalb Mann kalkuliere, ergebe sich daraus unzweifelhaft, dass der von der Antragstellerin angegebene Einheitspreis von Euro XXXX nicht stimmen könne und offensichtlich auf einen Eingabefehler zurück zu führen sei. Der angebotene Positionspreis von Euro XXXX entspreche hingegen sehr wohl den Kosten am Markt. Die vergebende Stelle hätte daher bereits daraus leicht erkennen können, dass der von der Antragstellerin aufgrund eines evidenten Erklärungsirrtums angegebene Einheitspreis falsch, der angeführte Positionspreis hingegen richtig sei. Dieser Erklärungsirrtum wäre auch ohne weitere Kalkulationsgrundlagen leicht zu erkennen gewesen. Die Unrichtigkeit und damit auch die Erkennbarkeit für die vergebende Stelle dieses Einheitspreises von Euro römisch 40 ergebe sich aber auch aus einer einfachen wirtschaftlichen Betrachtung. Ein "Mann-Monat" in der örtlichen Bauaufsicht koste am

Markt derzeit zwischen Euro römisch 40 und römisch 40 brutto. Wenn man daher, wie gegenständlich verlangt, mit eineinhalb Mann kalkuliere, ergebe sich daraus unzweifelhaft, dass der von der Antragstellerin angegebene Einheitspreis von Euro römisch 40 nicht stimmen könne und offensichtlich auf einen Eingabefehler zurück zu führen sei. Der angebotene Positionspreis von Euro römisch 40 entspreche hingegen sehr wohl den Kosten am Markt. Die vergebende Stelle hätte daher bereits daraus leicht erkennen können, dass der von der Antragstellerin aufgrund eines evidenten Erklärungsirrtums angegebene Einheitspreis falsch, der angeführte Positionspreis hingegen richtig sei. Dieser Erklärungsirrtum wäre auch ohne weitere Kalkulationsgrundlagen leicht zu erkennen gewesen.

Ebenso hätte die vergebende Stelle auch aufgrund des Personaleinsatzplanes die Richtigkeit des Positionspreises und damit die Unrichtigkeit des Einheitspreises erkennen können. Die Antragstellerin habe für das Gesamtprojekt X Mann-Monate veranschlagt. In diesen X Mann-Monaten sei neben der geforderten Bauaufsicht auch die entsprechenden geforderten Nebenleistungen enthalten. Ebenso hätte die vergebende Stelle auch aufgrund des Personaleinsatzplanes die Richtigkeit des Positionspreises und damit die Unrichtigkeit des Einheitspreises erkennen können. Die Antragstellerin habe für das Gesamtprojekt römisch zehn Mann-Monate veranschlagt. In diesen römisch zehn Mann-Monaten sei neben der geforderten Bauaufsicht auch die entsprechenden geforderten Nebenleistungen enthalten.

Ausgehend von der ausgewiesenen Fachkenntnis des Auftraggebers hätte dieser jedenfalls erkennen können und müssen, dass eine Korrektur des Angebotspreises in der vorgenommenen Form, nämlich eine Reduktion des Positionspreises auf Euro XXXX, jedenfalls falsch sei. Deshalb sei das Angebot der Antragstellerin auch keineswegs unterpreisig. Ausgehend von der ausgewiesenen Fachkenntnis des Auftraggebers hätte dieser jedenfalls erkennen können und müssen, dass eine Korrektur des Angebotspreises in der vorgenommenen Form, nämlich eine Reduktion des Positionspreises auf Euro römisch 40, jedenfalls falsch sei. Deshalb sei das Angebot der Antragstellerin auch keineswegs unterpreisig.

Die vergebende Stelle sei aufgrund der Divergenz zwischen Einheitspreis und Positionspreis von einem Rechenfehler und einer möglichen Berichtigung gemäß § 126 Abs. 4 BVergG ausgegangen. Gemäß Pkt. D.1.1.25 der Ausschreibung würden Angebote mit einem Rechenfehler nicht ausgeschieden. Allerdings erfolge in Folge einer Berichtigung eines Rechenfehlers auch keine Vorreihung. Im gegenständlichen Fall ändere sich durch den Rechenfehler, sofern es sich überhaupt um einen solchen handle, nichts am Gesamtpreis. Es komme daher auch zu keiner Vor- oder sonstigen Umreihung. Die vergebende Stelle habe sich mit der Stellungnahme der Antragstellerin überhaupt nicht auseinandergesetzt. Bereits dies bewirke eine Rechtswidrigkeit des Ausscheidens. Die vergebende Stelle sei aufgrund der Divergenz zwischen Einheitspreis und Positionspreis von einem Rechenfehler und einer möglichen Berichtigung gemäß Paragraph 126, Absatz 4, BVergG ausgegangen. Gemäß Pkt. D.1.1.25 der Ausschreibung würden Angebote mit einem Rechenfehler nicht ausgeschieden. Allerdings erfolge in Folge einer Berichtigung eines Rechenfehlers auch keine Vorreihung. Im gegenständlichen Fall ändere sich durch den Rechenfehler, sofern es sich überhaupt um einen solchen handle, nichts am Gesamtpreis. Es komme daher auch zu keiner Vor- oder sonstigen Umreihung. Die vergebende Stelle habe sich mit der Stellungnahme der Antragstellerin überhaupt nicht auseinandergesetzt. Bereits dies bewirke eine Rechtswidrigkeit des Ausscheidens.

In der Begründung der Ausscheidensentscheidung werde lediglich angeführt, dass das Angebot aufgrund der rechnerischen Fehlerhaftigkeit und der erfolgten Korrektur auszuschneiden gewesen sei, da es nach der seitens der vergebenden Stelle vorgenommenen Korrektur mit einer neuen Angebotssumme von Euro XXXX unterpreisig wäre. Ein solcher Preis wäre tatsächlich "unterpreisig". Allerdings sei die von der vergebenden Stelle vorgenommene Korrektur falsch gewesen. Ausgehend von der vergebenden Stelle bzw. den Auftraggeber treffenden Diskriminierungsverbot hätte sich dieser eingehend mit der Stellungnahme der Antragstellerin samt Aufklärung zum gegenständlichen Fehler bezüglich des Einheits- und Positionspreises auseinander zu setzen gehabt. Spätestens dabei wäre es leicht nachvollziehbar gewesen, dass gegenständlich nicht der Positionspreis, sondern der Einheitspreis unrichtig sei. Daran vermöge auch die Bestimmung des § 124 Abs. 1 BVergG nichts zu ändern, wonach grundsätzlich der Einheitspreis und nicht der Positionspreis die relevante Größe sei. Nach der Judikatur bzw. der herrschenden Meinung seien Eingabefehler wie der Vorliegende auch nicht als Rechenfehler zu werten, aber dennoch einer Korrektur zugänglich, wenn der zugrunde liegende Erklärungsirrtum aus dem Angebot hervorgebe. Demnach sei bei derartigen Eingabe- oder Tippfehlern von einem evidenten Erklärungsirrtum auszugehen. Dies dann, wenn sich das aus dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebots ergebe bzw. aufklären lasse. In diesen Fällen sei eine Richtigstellung des Einheitspreises und in weiterer Folge sogar des Gesamtpreises zulässig. In diesen Fällen liege auch kein Angebotsmangel iSd § 129 Abs.

1 Z 7 BVergG vor. In der Begründung der Ausscheidensentscheidung werde lediglich angeführt, dass das Angebot aufgrund der rechnerischen Fehlerhaftigkeit und der erfolgten Korrektur auszuschneiden gewesen sei, da es nach der seitens der vergebenden Stelle vorgenommenen Korrektur mit einer neuen Angebotssumme von Euro römisch 40 unterpreisig wäre. Ein solche Preis wäre tatsächlich "unterpreisig". Allerdings sei die von der vergebenden Stelle vorgenommene Korrektur falsch gewesen. Ausgehend von der vergebenden Stelle bzw. den Auftraggeber treffenden Diskriminierungsverbot hätte sich dieser eingehend mit der Stellungnahme der Antragstellerin samt Aufklärung zum gegenständlichen Fehler bezüglich des Einheits- und Positionspreises auseinander zu setzen gehabt. Spätestens dabei wäre es leicht nachvollziehbar gewesen, dass gegenständlich nicht der Positionspreis, sondern der Einheitspreis unrichtig sei. Daran vermöge auch die Bestimmung des Paragraph 124, Absatz eins, BVergG nichts zu ändern, wonach grundsätzlich der Einheitspreis und nicht der Positionspreis die relevante Größe sei. Nach der Judikatur bzw. der herrschenden Meinung seien Eingabefehler wie der Vorliegende auch nicht als Rechenfehler zu werten, aber dennoch einer Korrektur zugänglich, wenn der zugrunde liegende Erklärungsirrtum aus dem Angebot hervorgebe. Demnach sei bei derartigen Eingabe- oder Tippfehlern von einem evidenten Erklärungsirrtum auszugehen. Dies dann, wenn sich das aus dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebots ergebe bzw. aufklären lasse. In diesen Fällen sei eine Richtigstellung des Einheitspreises und in weiterer Folge sogar des Gesamtpreises zulässig. In diesen Fällen liege auch kein Angebotsmangel iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vor.

Im vorliegenden Fall komme sogar noch hinzu, dass die Richtigstellung des Einheitspreises zu keiner Änderung des Gesamtpreises führe, da diesem der (richtige) Positionspreis zugrunde gelegt worden sei. Es bestehe daher vorliegend auch keine Gefahr einer allfälligen Umreihung. Diese wäre im Übrigen bereits aufgrund der Ausschreibensbedingungen unzulässig.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte der Auftraggeber daher feststellen müssen, dass der Einheitspreis richtig zu stellen wäre, sich am Positionspreis und in der Folge am Gesamtpreis jedoch nichts ändern würde. Die Zuschlagsentscheidung hätte auf das Angebot der Antragstellerin lauten müssen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie sich auf ihr bisheriges Vorbringen stütze. Dieses sei auch Inhalt des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zum drohenden bzw. eingetretenen Schaden werde auf die bisherigen Ausführungen verwiesen.

Da zu befürchten sei, dass der Auftraggeber nunmehr rasch eine Zuschlagsentscheidung lautend auf das zweitgünstigste Angebot treffen werde, sei die beantragte einstweilige Verfügung nötig, um diese Schadensgefahr zu beseitigen. Eine Abwägung iSd § 329 Abs. 1 BVergG müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Eine allenfalls auftretende Verzögerung des Vergabeverfahrens werde durch die Rechtsmäßigkeitkontrolle jedenfalls gerechtfertigt. Da zu befürchten sei, dass der Auftraggeber nunmehr rasch eine Zuschlagsentscheidung lautend auf das zweitgünstigste Angebot treffen werde, sei die beantragte einstweilige Verfügung nötig, um diese Schadensgefahr zu beseitigen. Eine Abwägung iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Eine allenfalls auftretende Verzögerung des Vergabeverfahrens werde durch die Rechtsmäßigkeitkontrolle jedenfalls gerechtfertigt.

Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2013 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Der geschätzte Auftragswert liege im Oberschwellenbereich. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen.

Der Auftrag sei am 18.3.2013 in Österreich und EU-weit bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote sei am 7.5.2013 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an erster Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro XXXX netto. Die Öffnung der Angebote sei am 7.5.2013 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an erster Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro römisch 40 netto.

Das Angebot der Antragstellerin sei am 17.6.2013 ausgeschieden worden. Eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht bekannt gegeben worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstattete der Auftraggeber kein Vorbringen.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberrschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Ausscheidensentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera a, a, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 17.6.2013 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 19.6.2013 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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

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

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

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

einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamten über eine allfällige Nichtigserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigserklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 4, 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigserklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

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 der Auftraggeber beabsichtigt, das Vergabeverfahren fortzuführen, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und in der Folge den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige 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 der Auftraggeber beabsichtigt, das Vergabeverfahren fortzuführen, eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und in der Folge den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Zur Interessensabwägung:

Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T.

Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29).

Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht (vgl auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VfGH genügenden Art und Weise dargetan. Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht vergleiche auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VfGH genügenden Art und Weise dargetan.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ist bereits aus der Tatsache ableitbar, dass sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, ein Angebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042- BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047- BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Auch ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Auch ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u. a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097- BVA/09/2011-EV10 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u. a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097- BVA/09/2011-EV10 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten. Der Auftraggeber hat sich auch nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war antragsgemäß mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Das Begehren, dem Auftraggeber "pauschal" zu untersagen, das Vergabeverfahren fortzuführen, war als überschießend abzuweisen. Durch die befristete Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wird der Sicherungszweck erreicht, ohne den Auftraggeber ungebührlich in seiner Handlungsfreiheit (zB weitere Angebotsprüfung) zu beschränken.

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2013

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