

TE Verg Bescheid 2013/5/17 N/0037-BVA/09/2013-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.05.2013

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

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 Tauern Autobahn Umweltentlastungsmaßnahme EH Zederhaus, Bauleistungen UEM EH Zederhaus " des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. Mai 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14. Mai 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 Tauern Autobahn Umweltentlastungsmaßnahme EH

Zederhaus, Bauleistungen UEM EH Zederhaus " des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 13. Mai 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14. Mai 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle: ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, untersagen, im gegenständlichen Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn UEM EH Zederhaus, AB-km 92,200 - AB 95,500 Bauleistungen UEM EH Zederhaus" bis zur Entscheidung über den in Pkt. I gestellten Nachprüfungsantrag den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle: ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, untersagen, im gegenständlichen Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn UEM EH Zederhaus, AB-km 92,200 - Ausschussbericht 95,500 Bauleistungen UEM EH Zederhaus" bis zur Entscheidung über den in Pkt. römisch eins gestellten Nachprüfungsantrag den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "A10 Tauern Autobahn Umweltentlastungsmaßnahme EH Zederhaus, Bauleistungen UEM EH Zederhaus" den Zuschlag zu erteilen.

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 13. Mai 2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14. Mai 2013, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung 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 13. Mai 2013 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages durchführe. Es solle eine Einhausung auf der A10 Tauernautobahn im Bereich Zederhaus als Umweltentlastungsmaßnahme errichtet werden.

Mit Schreiben vom 30. April 2013, der Antragstellerin zugestellt per Telefax am 2. Mai 2013, habe der Auftraggeber im Wege der vergebenden Stelle bekannt gegeben, dass der Zuschlag an die B***, erteilt werden solle. Diese Zuschlagsentscheidung werde angefochten.

Die Antragstellerin habe zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei damit evident. Es handle sich um einen der wenigen größeren Bauaufträge der öffentlichen Hand, die im Bundesland Salzburg im heurigen Jahr vergeben werden sollen. Aufgrund der zunehmend angespannten Situation im Bausektor habe die Antragstellerin ein großes wirtschaftliches und strategisches Interesse am Erhalt des Auftrages. Das Interesse werde auch durch die Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages dokumentiert.

Sollte die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Weiters drohe ein Schaden in Höhe der frustrierten Kosten der Angebotserstellung. Auch ginge ein wichtiges Referenzprojekt verloren.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Bekanntgabe einer nachvollziehbaren Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG
in ihrem Recht auf Bekanntgabe einer nachvollziehbaren Begründung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes
- -Strichaufzählung

in ihrem Recht auf eine sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung, und zwar insbesondere durch Nichtberücksichtigung von Angeboten mit unplausibler Preisgestaltung oder ohne ausreichenden Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters

- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter auf Grundlage der Vorgaben in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Ausscheiden von Angeboten, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen und von Angeboten mit spekulativer oder nicht nachvollziehbarer Preisgestaltung
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an sie als den "richtigen" Bestbieter, sowie letztlich auch
- -Strichaufzählung
in ihrem Recht auf klare und nachvollziehbare Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung, wozu auch nötigenfalls zur Überprüfung auffälliger Einheitspreise auch die Beiziehung eines Sachverständigen gehöre.

Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXXX. Die Vergabe solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Zuschlagskriterien seien der Preis mit 98% und ein Qualitätskriterium mit 2%. Beim Qualitätskriterium komme es auf die Verlängerung der Gewährleistungsfrist an. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 40. Die Vergabe solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Zuschlagskriterien seien der Preis mit 98% und ein Qualitätskriterium mit 2%. Beim Qualitätskriterium komme es auf die Verlängerung der Gewährleistungsfrist an.

Die Angebotsöffnung habe am 12. März 2013 stattgefunden. Diese habe ergeben, dass die B*** das billigste Angebot gelegt habe. Deren Hauptangebot habe eine Angebotssumme von Euro XXXX aufgewiesen. Das zweitbilligste Hauptangebot stamme von der Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro XXXX. Weitere Hauptangebote seien preislich knapp dahinter gereiht. Billiger als das Hauptangebot der Antragstellerin seien drei Alternativangebote, wovon offenbar zumindest ein Alternativangebot ausgeschieden worden sei. Die Angebotsöffnung habe am 12. März 2013 stattgefunden. Diese habe ergeben, dass die B*** das billigste Angebot gelegt habe. Deren Hauptangebot habe eine Angebotssumme von Euro römisch 40 aufgewiesen. Das zweitbilligste Hauptangebot stamme von der Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro römisch 40. Weitere Hauptangebote seien preislich knapp dahinter gereiht. Billiger als das Hauptangebot der Antragstellerin seien drei Alternativangebote, wovon offenbar zumindest ein Alternativangebot ausgeschieden worden sei.

Der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. April 2013 lasse sich entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht sei. Welches der Alternativangebote ausgeschieden worden sei und welche zwei Angebote daher zusätzlich zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei der Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht zu entnehmen. § 131 BVergG sehe zwar ausdrücklich nur die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vor. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sei aber, dass einem nicht zum Zuge gekommenen Bieter bereits zu Beginn der Stillhaltefrist all jene Informationen gegeben würden, welche er benötige, um überprüfen zu können, ob ein Nachprüfungsantrag sinnvoll sei. Im Verhältnis zum präsumtiven Zuschlagsempfänger sei für die Antragstellerin klar, dass der Preis das einzige entscheidende Kriterium gewesen sei. Beim Kriterium Qualität seien beide Angebote gleich bewertet worden. Welche Alternativangebote jedoch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei für diese nicht erkennbar. Das mache "das Ganze" für die Antragstellerin intransparent. Die Antragstellerin könne der Zuschlagsentscheidung nicht entnehmen, um welche Alternativangebote es sich überhaupt handle und worin die Alternativen bestehen sollten. Die Zuschlagsentscheidung sei daher nicht ausreichend begründet. Das Vorenthalten der betreffenden Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der auch wesentlich da sei, da die Möglichkeiten der Antragstellerin, ihre Nachprüfungsanträge entsprechend zu begründen, erschwert würden. Im Hinblick auf die Beurteilung der Alternativangebote sei daher die Begründung der Zuschlagsentscheidung ausreichend (Anm.: gemeint wohl nicht ausreichend) und rechtswidrig. Der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. April 2013 lasse sich entnehmen, dass das Angebot der Antragstellerin an vierter Stelle gereiht sei. Welches der Alternativangebote ausgeschieden worden sei und welche zwei Angebote daher zusätzlich zum Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien,

sei der Begründung der Zuschlagsentscheidung nicht zu entnehmen. Paragraph 131, BVergG sehe zwar ausdrücklich nur die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vor. Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sei aber, dass einem nicht zum Zuge gekommenen Bieter bereits zu Beginn der Stillhaltefrist all jene Informationen gegeben würden, welche er benötige, um überprüfen zu können, ob ein Nachprüfungsantrag sinnvoll sei. Im Verhältnis zum präsumtiven Zuschlagsempfänger sei für die Antragstellerin klar, dass der Preis das einzige entscheidende Kriterium gewesen sei. Beim Kriterium Qualität seien beide Angebote gleich bewertet worden. Welche Alternativangebote jedoch vor dem Angebot der Antragstellerin gereiht worden seien, sei für diese nicht erkennbar. Das mache "das Ganze" für die Antragstellerin intransparent. Die Antragstellerin könne der Zuschlagsentscheidung nicht entnehmen, um welche Alternativangebote es sich überhaupt handle und worin die Alternativen bestehen sollten. Die Zuschlagsentscheidung sei daher nicht ausreichend begründet. Das Vorenthalten der betreffenden Informationen stelle einen Verstoß gegen das BVergG dar, der auch wesentlich da sei, da die Möglichkeiten der Antragstellerin, ihre Nachprüfungsanträge entsprechend zu begründen, erschwert würden. Im Hinblick auf die Beurteilung der Alternativangebote sei daher die Begründung der Zuschlagsentscheidung ausreichend (Anmerkung, gemeint wohl nicht ausreichend) und rechtswidrig.

Der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotene Preis liege um 15% unter dem von der Antragstellerin angebotenen Preis und um 16% unter dem vom Auftraggeber angenommenen Auftragswert. Die Antragstellerin sei der Überzeugung, dass dieser Preis nur auf eine unplausible und spekulative Preisgestaltung zurückgeführt werden könne. Die Antragstellerin selbst habe äußerst knapp kalkuliert. Bei richtiger Beurteilung wäre das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher auszuschneiden gewesen. Dies wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises. Der Auftraggeber habe die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Ein einziges Unternehmen jedoch habe einen um 15% billigeren Gesamtpreis angeboten. Die Antragstellerin könne aufgrund ihrer eigenen Marktkenntnisse und deshalb, da sie selbst äußerst knapp kalkuliert habe, mit Sicherheit sagen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger einen Unterpreis angeboten habe. Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, zu überprüfen, ob der auffällig niedrige Preis betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Hätte der Auftraggeber dieser Verpflichtung entsprochen und allenfalls auch Sachverständige beigezogen, hätte er erkannt, dass ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu diesen Preis nicht erbringen könne.

Bei einer vertieften Angebotsprüfung hätte insbesondere die Detailkalkulation (K7- Blätter) einer besonderen Prüfung unterzogen werden müssen. Die Plausibilität der Kalkulation müsse gewährleistet sein. Gegenständlich seien seitens des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei einigen aufzuklärenden Leistungen keine vollständigen K7- Blätter übermittelt worden.

Überdies hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch deshalb ausgeschieden werden müssen, da er den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht ausreichend erbracht habe. Der Antragstellerin seien Projekte des präsumtiven Zuschlagsempfängers in Bezug auf Stahl- und Kunstbauten im Infrastrukturbereich mit einer Nettosumme von mindestens Euro 3 Mio. nicht bekannt. Nachweise über die abgeschlossenen Leistungen hätten auch aufzuzeigen, dass diese Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprochen hätten und ordnungsgemäß durchgeführt worden seien. Diese Nachweise habe der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht geführt und wäre sein Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

Wenn der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung nicht ordentlich nachgekommen sei, sei das Vergabeverfahren mangelhaft und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Zur Überprüfung der betriebswirtschaftlichen Rechtfertigung des Preises wäre ein Sachverständiger beizuziehen gewesen.

Für den Fall, dass die Prüfung durchgeführt worden sei und keine betriebswirtschaftliche Rechtfertigung der Preise hervorgekommen sei, sei nur denkbar, dass der Auftraggeber zu "sparen" und trotz allem zu unplausiblen, niedrigen Preisen zu vergeben versuche. Dies wäre jedoch ebenso rechtswidrig. Angebote mit einem unplausiblen Gesamtpreis oder mit unplausiblen Einheitspreisen seien auszuschneiden. Auszuschneiden seien auch Angebote, wenn einzelne Kostenansätze nachgefragter Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen umgelagert würden oder das Angebot sonstige spekulative Elemente aufweise.

Weiters gehe die Antragstellerin davon aus, dass die offenbar ihr vorgereichten zwei Alternativangebote entweder falsch bewertet worden seien oder mangels Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen wären. Der Zuschlagsentscheidung könne nicht entnommen werden, welche Alternative der Auftraggeber als zulässig erachtet

habe, sodass es der Antragstellerin nicht möglich sei, im Rahmen des Nachprüfungsantrages detaillierte Angaben zu diesem Thema zu erstatten.

Der große Preisunterschied der Alternativen zum Hauptangebot der jeweiligen Bieter zeige, dass es einen Qualitätsunterschied zwischen der Alternative und dem Amtsvorschlag geben müsse. Eine Gleichwertigkeit sei dann nicht gegeben. Die Mindestanforderungen für Alternativangebote seien in der Ausschreibung so streng formuliert, dass es nahezu ausgeschlossen sei, dass die Gleichwertigkeit der Alternative gegeben sei. Da die Alternativen nicht gleichwertig seien, hätten diese ausgeschieden werden müssen. Die Alternativen stünden im Widerspruch zur Ausschreibung und würden zu keinen gleichwertigen Leistungen führen. Die Angebote seien nicht vergleichbar. Damit stünden sie im Widerspruch zur Ausschreibung und wären gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Wenn sowohl das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wie auch die der Antragstellerin vorgereichten Alternativangebote ausgeschieden würden, komme das Angebot der Antragstellerin zum Zug. Ihr Angebot habe daher jedenfalls eine Chance auf Erteilung des Zuschlages. Ihr stehe der Zuschlag auch zu. Der große Preisunterschied der Alternativen zum Hauptangebot der jeweiligen Bieter zeige, dass es einen Qualitätsunterschied zwischen der Alternative und dem Amtsvorschlag geben müsse. Eine Gleichwertigkeit sei dann nicht gegeben. Die Mindestanforderungen für Alternativangebote seien in der Ausschreibung so streng formuliert, dass es nahezu ausgeschlossen sei, dass die Gleichwertigkeit der Alternative gegeben sei. Da die Alternativen nicht gleichwertig seien, hätten diese ausgeschieden werden müssen. Die Alternativen stünden im Widerspruch zur Ausschreibung und würden zu keinen gleichwertigen Leistungen führen. Die Angebote seien nicht vergleichbar. Damit stünden sie im Widerspruch zur Ausschreibung und wären gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden. Wenn sowohl das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wie auch die der Antragstellerin vorgereichten Alternativangebote ausgeschieden würden, komme das Angebot der Antragstellerin zum Zug. Ihr Angebot habe daher jedenfalls eine Chance auf Erteilung des Zuschlages. Ihr stehe der Zuschlag auch zu.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, das sie ihr bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Die beantragte vorläufige Sicherungsmaßnahme sei zweckmäßig und entspreche auch dem Gebot der Wahl des gelindesten Mittels. Die Rechtsrichtigkeit habe Vorrang vor der Raschheit der Vergabe. Ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Auftragserteilung sei nicht erkennbar, da Baubeginn ohnedies erst im Sommer des Jahres sei.

Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2013 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), welche die ASFINAG Bau Management GmbH, im Sinne des § 1007 ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe, das Vorhaben im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Vergebende Stelle sei die ASFINAG Bau Management GmbH. Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2013 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), welche die ASFINAG Bau Management GmbH, im Sinne des Paragraph 1007, ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe, das Vorhaben im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Vergebende Stelle sei die ASFINAG Bau Management GmbH.

Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle (Preis 98%, Qualität 2%). Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXXX. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Es handle sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle (Preis 98%, Qualität 2%). Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 40. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen.

Der Auftrag sei am 18.1.2013 in Österreich und EU-weit bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote sei am 12.3.2013 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an vierter Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro XXXX netto. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers belaufe sich auf Euro XXXX ohne USt. Die Angebotssumme des zweitgereihten Bieters belaufe sich auf Euro XXXX ohne USt, jene des drittgereihten Bieters auf Euro XXXX ohne USt. Die Öffnung der Angebote sei am 12.3.2013 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an vierter Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro römisch 40 netto. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers belaufe sich auf Euro römisch 40 ohne USt. Die Angebotssumme des zweitgereihten Bieters belaufe sich auf Euro römisch 40 ohne USt, jene des drittgereihten Bieters auf Euro römisch 40 ohne USt.

Der Auftraggeber habe die Zuschlagsentscheidung (vom 30.4.2013) sämtlichen Bietern am 2.5.2013 per Telefax bekannt gegeben.

Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschrieben worden.

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

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes 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 Bauauftrag, 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 Zuschlagsentscheidung 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 Zuschlagsentscheidung 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 Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 2.5.2013 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 13.5.2013 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 Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung 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, den Zuschlag der B***, 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 Zuschlagserteilung 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, den Zuschlag der B***, 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 Zuschlagserteilung 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 Nichtigkeitsklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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 Vergaberechtsschutz 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 Vergaberechtsschutz 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.

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

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 jedoch 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 durch das Gesetz mit dieser Dauer begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Festlegung der Zeitdauer nicht belastet,

da die gesetzliche Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes dadurch 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 datumsmäßig festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB 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 jedoch 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 durch das Gesetz mit dieser Dauer begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Festlegung der Zeitdauer nicht belastet, da die gesetzliche Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes dadurch 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 datumsmäßig festgesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2013

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