

TE Verg Bescheid 2012/12/17 N/0117-BVA/14/2012-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.12.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

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, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 6.12.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, „zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 6.12.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Antragstellung, die Erklärung des Widerrufs im Vergabeverfahren 'Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013' untersagen, in eventu die Erklärung des Widerrufs betreffend die Lose 8 (Stmk. Süd) und 9 (Tirol/Vlbg) untersagen", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013" den Widerruf hinsichtlich der Lose 8 (Stmk. Süd) und 9 (Tirol/Vlbg) zu erklären.

Dem sonstigen Begehren wird nicht stattgegeben.

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), brachte am 6.12.2012 den im Spruch wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Weiters wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 27.11.2012, das Vergabeverfahren betreffend die Lose 8 und 9 zu widerrufen, in eventu auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 27.11.2012 (somit hinsichtlich des gesamten Vergabeverfahrens), auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 6.12.2012 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag solle im Rahmen eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Veröffentlichung des Verfahrens sei im Supplement zum Amtsblatt der EG am 5.9.2012 erfolgt. Das Beschaffungsvorhaben sei in 9 Lose untergliedert worden. Die Bieter seien berechtigt gewesen, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose abzugeben.

In Pkt. 1.1.26 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sei zur vertieften Angebotsprüfung und zur Prüfung der Angemessenheit der Preise u. a. festgehalten, dass Angebote, deren Gesamtpreis mehr als 30% unter dem Median des jeweiligen Loses - mit Berücksichtigung eines eventuellen Paketnachlasses - lägen, keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden würden. Zur Ermittlung des Medians würden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote mit Berücksichtigung eines eventuellen Paketnachlasses herangezogen. Dies unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes.

Der Antragsteller habe fristgerecht Angebote für jedes der 9 Lose gelegt.

Die Angebotsfrist habe am 25.10.2012, 11.00 Uhr, geendet. Am selben Tag habe die Angebotsöffnung stattgefunden. Mit dem Angebotsöffnungsprotokoll seien den Bietern die geschätzten Auftragssummen je Los bekannt gegeben worden. Laut Angebotsöffnungsprotokoll würden die (günstigsten) Angebote des Antragstellers zu Los 8 (Steiermark Süd) um +10,86% und zu Los 9 (Tirol/Vlbg) um +25,03% von der Kostenschätzung des Auftraggebers abweichen.

Mit Schreiben vom 12.11.2012 habe der Auftraggeber erstmalig den beabsichtigten Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben. Begründet worden sei dies im Wesentlichen damit, dass sachliche Gründe für einen Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen würden. Mit Schreiben vom 12.11.2012 habe der Auftraggeber erstmalig den beabsichtigten Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben. Begründet worden sei dies im Wesentlichen damit, dass sachliche Gründe für einen Widerruf gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG vorliegen würden.

In der Bekanntgabe der zit. Widerrufsentscheidung seien betreffend die Lose 8 und 9 folgende Begründungen angegeben worden:

"(...)

Los 8 (Stmk. Süd):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 460.342,26 ermittelt. Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 510.353,23 rund 10,86% über der Kostenschätzung.

Los 9 (Tirol/Vlbg):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 227.390,40 ermittelt. Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 284.301,43 rund 25,03% über der Kostenschätzung.

Die Kostenschätzung (Los 1 - Los 9) wurde demnach mit netto EUR 1.917.120,85 ermittelt. Die Summe der billigsten Angebote (Los 1 - Los 9) liegt mit netto EUR 2.680.832,61 rund 39,84% über der Kostenschätzung.

Aufgrund mangelnder budgetärer Deckung wird daher beabsichtigt, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen. Es ist jedoch beabsichtigt, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben."

Diese Widerrufsentscheidung sei von der Antragstellerin mittels Nachprüfungsantrages vom 21.11.2012 zu Zahl N/0107-BVA/14/2012 angefochten worden.

Der Auftraggeber habe daraufhin die Widerrufsentscheidung vom 12.11.2012 mittels elektronischer Mitteilung vom 26.11.2012 zurückgezogen: "Mit dieser Mitteilung ziehen wir die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vom 12.11.2012 zurück und treten erneut in das Stadium der Angebotsprüfung zurück."

Mit Schreiben vom 27.11.2012 habe der Auftraggeber erneut den beabsichtigten Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben:

Generell ist festzuhalten, dass im gegenständlichen Verfahren überhöhte Preise vorliegen.

Die Kostenschätzung (Los 1 - Los 9) wurde mit netto EUR 1.917.120,85,-

ermittelt und basiert auf den letztjährig erzielten Preisen mit geringfügigen Anpassungen. Die Summe der aufgrund des Unterpreiskriteriums billigsten Angebote (Los 1 - Los 9) liegt mit netto EUR 2.680.832,61,- rund 39,84 % über der Kostenschätzung.

Es besteht die begründete Vermutung, dass die Preise nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln.

Insbesondere lässt auch die festgestellte Mehrfachbeteiligung von Unternehmen, die sich sowohl als Bieter als auch als Subunternehmer beteiligt haben, die Vermutung zu, dass ein eingeschränkter Wettbewerb vorliegt.

Ein weiterer Grund für den Widerruf aller 9 Lose liegt auch darin, dass in der Ausschreibung das Anbieten eines Paketnachlasses vorgesehen war, sollte ein Bieter für mehr als ein Los für den Zuschlag in Frage kommen und somit die Ausschreibung als "Gesamtes" zu betrachten ist.

(...)

Los 8 (Stmk. Süd):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 460.342,26,- ermittelt.

Für dieses Los liegen 6 Angebote vor. Von diesen 6 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 510.353,23,- rund 10,86 % über der Kostenschätzung. Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsründe vor.

Weiters wurde bei der neuerlichen Überprüfung der Ausschreibungsmengen festgestellt, dass wesentliche Leistungen mengenmäßig nicht in der Ausschreibung berücksichtigt wurden (ca. 30 % Mehrung).

Los 9 (Tirol/Vlbg):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 227.390,40,- ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 4 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 284.301,43,- rund 25,03 % über der Kostenschätzung. Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsründe vor.

(...)

Es ist jedoch beabsichtigt, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben.

Diese Widerrufsentscheidung sei rechtswidrig. Der Auftraggeber begründe die Widerrufsentscheidung vom 27.11.2012 vor allem wiederum zu Unrecht damit, dass er im insgesamten Überschreiten der Summe der billigsten Angebote um 39,84 % über der Kostenschätzung einen Widerruf hinsichtlich aller zur Teilvergabe gelangenden Leistungen als gerechtfertigt erachte. Dabei werde jedoch übersehen, dass einzelne Lose einer Ausschreibung ein eigenes rechtliches Schicksal hätten. Daran ändere auch der Paketnachlass nichts. Ein solches Vorgehen sei zudem willkürlich und komme einem "Rosinenpicken" des Auftraggebers gleich, da er die tatsächlichen Kostenüberschreitungen je Los nicht berücksichtige. Da der Auftraggeber jedoch selbst die losweise Vergabe bestandsfest gewählt habe, hätte er nicht nur die Zuschlagsentscheidungen, sondern auch das Vorliegen eines Widerrufsgrundes jeweils getrennt pro Los zu beurteilen gehabt.

Der Auftraggeber habe in seinen Ausschreibungsunterlagen (Pkt. 1.1.20) selbst festgelegt, dass er sich bei wesentlichen Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (insbesondere einer massiven Einschränkung der aus derzeitiger Sicht vorliegenden Mittelfreigabe oder einer wesentlichen Änderung der Organisationsstruktur), vorbehalte, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Es sei nicht ersichtlich, worin diese wesentliche Änderung, insbesondere betreffend die Lose 8 und 9, liegen solle. Eine derartige Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen liege für den gegenständlichen Widerruf nicht vor.

Der Auftraggeber vermute in seiner neuerlichen Widerrufsentscheidung überhöhte und nicht marktkonforme Preise, ohne die hiezu nach dem BVergG erforderlichen Prüfschritte gesetzt zu haben. Weiters nehme der Auftraggeber dies pauschal für alle Lose und alle Angebote von jedem Bieter an, ohne hinsichtlich der einzelnen Angebote je Bieter und der jeweiligen Lose zu differenzieren. Es seien weder der Antragsteller noch - offenkundig - andere Bieter vom Auftraggeber jemals zur kontradiktorischen Aufklärung der Gesamtpreise und der Angemessenheit ihrer Preise je Los ersucht worden.

Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei unrichtig und nicht sachkundig ermittelt worden. Selbst wenn sich im Rahmen der Prüfung nach § 125 BVergG herausstellen würde, dass die Preisangemessenheit von Angeboten anderer Bieter je Los nicht bestehe, so könne dies keinesfalls zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens nach § 139 Abs. 2 Z 3 leg. cit. führen, da ein derartiger Widerruf nur bei festgestellten generell überhöhten Preisen erfolgen dürfe. Etwa, wenn der Auftraggeber Preisabsprachen vermute oder Grund zur Annahme habe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden. Eine derartige Feststellung nach erfolgter Preisprüfung sei aber seitens des Auftraggebers nicht erfolgt. Die Feststellung, dass einzelne Angebote einen überhöhten Preis aufweisen würden, könne nicht zu einem Widerruf der gesamten Ausschreibung in allen neun Losen führen. Vielmehr hätte der Auftraggeber nach dem Primat des Regimes der §§ 125 ff iVm 129 Abs. 1 Z 3 und 8 BVergG vorzugehen gehabt. Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei unrichtig und nicht sachkundig ermittelt worden. Selbst wenn sich im Rahmen der Prüfung nach Paragraph 125, BVergG herausstellen würde, dass die Preisangemessenheit von Angeboten anderer Bieter je Los nicht bestehe, so könne dies keinesfalls zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, leg. cit. führen, da ein derartiger Widerruf nur bei festgestellten generell überhöhten Preisen erfolgen dürfe. Etwa, wenn der Auftraggeber Preisabsprachen vermute oder Grund zur Annahme habe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden. Eine derartige Feststellung nach erfolgter Preisprüfung sei aber seitens des Auftraggebers nicht erfolgt. Die Feststellung, dass einzelne Angebote einen überhöhten Preis aufweisen würden, könne nicht zu einem Widerruf der gesamten Ausschreibung in allen neun Losen führen. Vielmehr hätte der Auftraggeber nach dem Primat des Regimes der Paragraphen 125, ff in Verbindung mit 129 Absatz eins, Ziffer 3 und 8 BVergG vorzugehen gehabt.

Ebenso vermute der Auftraggeber unzulässige Bieter- /Subunternehmerverschränkungen und vermeine aufgrund möglicher Mehrfachbeteiligungen einen Widerruf des Vergabeverfahrens rechtfertigen zu können. Weder habe der Auftraggeber jedoch in diesem Zusammenhang nachgewiesen, dass durch derartige Verflechtungen in Angeboten anderer Bieter ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil durch einzelne Bieter (oder Subunternehmer) erzielt worden sei, noch die Möglichkeit einer dadurch allenfalls möglichen Einflussnahme auf die wechselseitigen Angebote geprüft. Selbst wenn sich diese Vermutung für einzelne Angebote bestätigen sollte, so würde dies dem Auftraggeber bloß ein

Vorgehen nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG ermöglichen. Einen Widerruf könnten derartige Verschränkungen jedoch nicht rechtfertigen, weil jedenfalls die Angebote des Antragstellers vergaberechtskonform seien. Ebenso vermute der Auftraggeber unzulässige Bieter- / Subunternehmensverschränkungen und vermeine aufgrund möglicher Mehrfachbeteiligungen einen Widerruf des Vergabeverfahrens rechtfertigen zu können. Weder habe der Auftraggeber jedoch in diesem Zusammenhang nachgewiesen, dass durch derartige Verflechtungen in Angeboten anderer Bieter ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil durch einzelne Bieter (oder Subunternehmer) erzielt worden sei, noch die Möglichkeit einer dadurch allenfalls möglichen Einflussnahme auf die wechselseitigen Angebote geprüft. Selbst wenn sich diese Vermutung für einzelne Angebote bestätigen sollte, so würde dies dem Auftraggeber bloß ein Vorgehen nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG ermöglichen. Einen Widerruf könnten derartige Verschränkungen jedoch nicht rechtfertigen, weil jedenfalls die Angebote des Antragstellers vergaberechtskonform seien.

Zu Los 8 liege das Angebot des Antragstellers um lediglich 10,86 % über der - nicht sorgfältig und nicht sachverständig durchgeführten - Kostenschätzung des Auftraggebers, welcher aufgrund dieser Tatsache vermeine, das Vergabeverfahren mit dem Argument der mangelnden budgetären Bedeckung widerrufen zu können. Wenn man aber schon für alle Lose gesamt von einem geschätzten Auftragswert von rund EUR 1.920.000,00 ausgehe, den der Auftraggeber aufgrund seiner eigenen Kostenschätzung finanziell bedecken müsse, so sei nicht einzusehen, warum für lediglich ein Viertel der Summe des geschätzten Gesamtbeschaffungsvorhabens keine ausreichende budgetäre Bedeckung gegeben sein sollte. Zudem stelle sich die Frage, wie zum jetzigen Zeitpunkt die budgetäre Bedeckung für das gegenständliche Beschaffungsvorhaben nicht gegeben sein könne, wenn beabsichtigt sei, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben. Nach der Judikatur liege ein sachlich gerechtfertigter Widerrufsgrund mangels budgetärer Bedeckung erst dann vor, wenn das billigste Angebot die marktüblichen Preise um ca. 20 % übersteige.

In seiner neuerlichen Widerrufsentscheidung schiebe der Auftraggeber hinsichtlich des Loses 8 die Begründung nach, dass wesentliche Leistungen in der Ausschreibung mengenmäßig nicht berücksichtigt worden seien und daher eine ca. 30 %-ige Mehrung vorliege. Dabei handle es sich jedoch um einen bloßen Vorwand, da schon im Rahmen der ersten Berichtigung der Ausschreibung vom 2.10.2012 sämtliche Positionsmengen in allen Losen nochmals auf Umfang und Konnex überprüft worden seien und der Auftraggeber diesbezügliche Anpassungen vorgenommen habe. Dies erscheine insbesondere deshalb absurd, da der Auftraggeber dieses Los einerseits wegen mangelnder budgetärer Bedeckung widerrufen, andererseits in unmittelbarer zeitlicher Abfolge aber dann noch 30 % Mehrleistungen beschaffen wolle.

Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Vergabeverfahren sei weder sorgfältig noch sachkundig ermittelt worden, was insbesondere für Los 9 relevant sei. Es sei lediglich auf die letztjährig erzielten Preise mit geringfügigen Anpassungen zurückgegriffen worden. Eine lapidare Heranziehung von Angebotssummen der Bieter aus vorangegangenen Vergabeverfahren als Basis für eine Kostenschätzung könne nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes keine sachkundige Ermittlung iSd § 13 Abs. 3 BVergG darstellen. Der Auftraggeber habe bloß die Annahme getroffen, dass die Preise der Dienstleistung gegenüber dem Jahr 2011 (Rahmenvertrag Jahr 2012) im Jahr 2012 (Rahmenvertrag Jahr 2013) in allen Losen niedriger seien. Ebenso berücksichtige die Kostenschätzung des Auftraggebers keine Veränderungen der Preise aufgrund der Inflation und andere Kostensteigerungen des Marktes. Allein die Kostensteigerungen hätten zumindest für das Los 9 einen um ca. 7 % gegenüber dem Jahr 2012 erhöhten geschätzten Auftragswert ergeben müssen. Es sei daher davon auszugehen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers mangelhaft durchgeführt und somit falsch sei. Das Angebot des Antragstellers sei im Los 9 nicht - wie behauptet - um 25,03 %, sondern lediglich um maximal 10 % von einer tatsächlich sorgfältig sachverständig durchgeführten Kostenschätzung abgewichen. Eine derartige Abweichung von lediglich 10 % gegenüber der Kostenschätzung rechtfertige den Teilwideruf des Loses 9 aufgrund mangelnder budgetärer Bedeckung nicht und sei dieser somit rechtswidrig. Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Vergabeverfahren sei weder sorgfältig noch sachkundig ermittelt worden, was insbesondere für Los 9 relevant sei. Es sei lediglich auf die letztjährig erzielten Preise mit geringfügigen Anpassungen zurückgegriffen worden. Eine lapidare Heranziehung von Angebotssummen der Bieter aus vorangegangenen Vergabeverfahren als Basis für eine Kostenschätzung könne nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes keine sachkundige Ermittlung iSd Paragraph 13, Absatz 3, BVergG darstellen. Der Auftraggeber habe bloß die Annahme getroffen, dass die Preise der Dienstleistung gegenüber dem Jahr 2011 (Rahmenvertrag Jahr 2012) im Jahr 2012 (Rahmenvertrag Jahr 2013) in allen Losen niedriger seien. Ebenso berücksichtige die

Kostenschätzung des Auftraggebers keine Veränderungen der Preise aufgrund der Inflation und andere Kostensteigerungen des Marktes. Allein die Kostensteigerungen hätten zumindest für das Los 9 einen um ca. 7 % gegenüber dem Jahr 2012 erhöhten geschätzten Auftragswert ergeben müssen. Es sei daher davon auszugehen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers mangelhaft durchgeführt und somit falsch sei. Das Angebot des Antragstellers sei im Los 9 nicht - wie behauptet - um 25,03 %, sondern lediglich um maximal 10 % von einer tatsächlich sorgfältig sachverständig durchgeführten Kostenschätzung abgewichen. Eine derartige Abweichung von lediglich 10 % gegenüber der Kostenschätzung rechtfertige den Teilwiderruf des Loses 9 aufgrund mangelnder budgetärer Bedeckung nicht und sei dieser somit rechtswidrig.

Der Antragsteller erachte sich daher durch die angefochtene Widerrufsentscheidung vom 27.11.2012 in seinen Rechten auf Durchführung eines dem BVerG entsprechenden Vergabeverfahrens, auf einen freien und lauten Wettbewerb, auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Zuschlagsempfängers sowie auf Zuschlagserteilung verletzt.

Der Antragsteller habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht entsprechende Angebote u.a. für die Lose 8 und 9 gelegt. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte der Auftraggeber den Angeboten des Antragstellers betreffend die Lose 8 und 9 den Zuschlag zu erteilen. Darin liege jedenfalls ein hinreichend begründetes Interesse des Antragstellers. Bei rechtsrichtigem Verhalten des Auftraggebers wäre der Antragsteller als Zuschlagsempfänger betreffend die Lose 8 und 9 zu ermitteln gewesen. Durch die rechtswidrige Widerrufsentscheidung erleide der Antragsteller jedenfalls in den beiden Losen einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrags samt entgangenem Gewinn. Darüber hinaus drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), welche die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, im Sinne des § 1007 ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe, das gegenständliche Vorhaben im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), welche die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, im Sinne des Paragraph 1007, ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe, das gegenständliche Vorhaben im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln.

Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose ohne USt belaufe sich auf Euro 1.917.120,85. Der geschätzte Auftragswert des Loses 8 (Stmk, Süd) belaufe sich auf Euro 460.342,26, jener des Loses 9 (Tirol/VlbG) auf Euro 227.390,40 exkl USt.

Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Das Verfahren sei am 31.8.2012 in Österreich und EU-weit bekannt gemacht worden. Die Angebotsöffnung sei am 25.10.2012 erfolgt.

Ein Widerruf sei nicht erfolgt, der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf förmlich eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierung-Aktiengesellschaft/ASFINAG (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierung-Aktiengesellschaft/ASFINAG (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag (§ 6 BVerG), der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag (Paragraph 6, BVerG), der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Nach Angabe des Auftraggebers liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor, das in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt wird.

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg.cit. 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, leg.cit. 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.

Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

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

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 derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Widerrufsentscheidung abgewendet werden, da ein möglicherweise bestehender 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 den Antragsteller ermöglicht.

Der Auftraggeber hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, ersichtlich.

Allerdings besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Allerdings besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Der Zweck des Provisorialverfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht in der vorläufigen Sicherung des vom Antragsteller mit seinem Antrag im Hauptverfahren (Nachprüfungsverfahren) geltend gemachten Anspruches. Mit seinem Nachprüfungsantrag begehrte der Antragsteller die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 27.11.2012, das Vergabeverfahren betreffend die Lose 8 und 9 zu widerrufen. Zur Darlegung seines Interesses am Vertragsabschluss und zu dem ihm aus dem beabsichtigten Widerruf der Lose 8 und 9 drohenden Schaden führte der Antragsteller dementsprechend aus, dass seinen Angeboten zu den Losen 8 und 9 der Zuschlag zu erteilen wäre. Das Vergabeverfahren betreffend diese Lose könne daher nicht durch Widerruf beendet werden. Durch die Widerrufsentscheidung in diesen Losen würde ihm ein Schaden durch die Nichtabdeckung des Deckungsbeitrages sowie durch den entgangenen Gewinn entstehen.

Der Antragsteller strebt der ausdrücklichen Formulierung seines Nachprüfungsantrages und des hiezu erstatteten Vorbringens zufolge somit einen Auftragserhalt in den Losen 8 und 9 an bzw. rechnet sich selbst (nur) hinsichtlich dieser Lose eine Chance auf Zuschlagserhalt aus. Dass dem Antragsteller seinem Dafürhalten nach allenfalls auch in den übrigen Losen (Lose 1-7) der Zuschlag "zustehen" sollte bzw. ihm aus der Nichtberücksichtigung seiner Angebote zu den betreffenden Losen ein Schaden drohen sollte, hat der Antragsteller nicht einmal erwähnt.

Im Sinne des oben Gesagten, wonach die einstellige Verfügung der Sicherung des Nachprüfungsbegehrens dient, war die Erlassung der einstweiligen Verfügung auf das mit dem Nachprüfungsantrag erhobene Begehren (Untersagung der Erklärung des Widerrufs für die Lose 8 und 9) abzustimmen. Mit der erlassenen einstweiligen Verfügung war daher dem auf Untersagung der Erklärung des Widerrufs in den Losen 8 und 9 lautenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs betreffend des gesamten Vergabeverfahrens hatte hingegen zu unterbleiben.

Die Dauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung war dabei mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu begrenzen.

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. Die Regelung des § 329 Abs. 3 BVergG in der geltenden Fassung legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest (vgl. BVA 14.11.2012, N/0103-BVA/10/2012-EV12). 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. Die Regelung des Paragraph 329, Absatz 3, BVergG in der geltenden Fassung legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest vergleiche BVA 14.11.2012, N/0103-BVA/10/2012-EV12).

Abgesehen davon wurden vom Antragsteller mit der Einbringung seines Nachprüfungsantrages die Pauschalgebühren nicht in der erforderlichen Höhe entrichtet. Von den für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insgesamt zu entrichtenden Pauschalgebühren in Höhe von Euro 2.600,-- wurden im Zeitpunkt

der Antragseinbringung nur Euro 2.400,-- entrichtet. Die im Zeitpunkt der Antragseinbringung bezahlten Pauschalgebühren waren im Sinne der zeitlichen Abfolge der Inbehandlungnahme der Anträge durch das Bundesvergabeamt zunächst dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuzuordnen und für diesen zu "verwenden". Der Fehlbetrag entfiel daher auf den Nachprüfungsantrag. Der fehlende Pauschalgebührenanteil wurde vom Antragsteller nach Erlassung eines entsprechenden Verbesserungsauftrages durch das BVA gemäß § 13 Abs. 3 AVG am 10.12.2012 entrichtet. Die gesetzliche 6- wöchige Frist zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag wurde daher nicht bereits mit dem Zeitpunkt der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren (6.12.2012), sondern erst mit der Erfüllung des Verbesserungsauftrages (10.12.2012) in Gang gesetzt (vgl. VwGH 17.11.1994, 93/06/0123). Im Hinblick darauf war auch die Dauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht mit einem Zeitraum von sechs Wochen ab Antragstellung festzulegen. Abgesehen davon wurden vom Antragsteller mit der Einbringung seines Nachprüfungsantrages die Pauschalgebühren nicht in der erforderlichen Höhe entrichtet. Von den für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insgesamt zu entrichtenden Pauschalgebühren in Höhe von Euro 2.600,-- wurden im Zeitpunkt der Antragseinbringung nur Euro 2.400,-- entrichtet. Die im Zeitpunkt der Antragseinbringung bezahlten Pauschalgebühren waren im Sinne der zeitlichen Abfolge der Inbehandlungnahme der Anträge durch das Bundesvergabeamt zunächst dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuzuordnen und für diesen zu "verwenden". Der Fehlbetrag entfiel daher auf den Nachprüfungsantrag. Der fehlende Pauschalgebührenanteil wurde vom Antragsteller nach Erlassung eines entsprechenden Verbesserungsauftrages durch das BVA gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG am 10.12.2012 entrichtet. Die gesetzliche 6- wöchige Frist zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag wurde daher nicht bereits mit dem Zeitpunkt der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren (6.12.2012), sondern erst mit der Erfüllung des Verbesserungsauftrages (10.12.2012) in Gang gesetzt vergleiche VwGH 17.11.1994, 93/06/0123). Im Hinblick darauf war auch die Dauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht mit einem Zeitraum von sechs Wochen ab Antragstellung festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

08.04.2013

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