

TE Verg Bescheid 2012/5/29 N/0056-BVA/11/2012-6EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.05.2012

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A02 Süd Autobahn, AB-km 133 - Errichtung Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22.05.2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.05.2012), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A02 Süd Autobahn, AB-km 133 - Errichtung Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22.05.2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.05.2012), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle nach Verständigung der Antragsgegnerin über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), wird im Vergabeverfahren "A02 Süd Autobahn, AB-km 133 - Errichtung Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf", für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit Bekanntmachung vom 04.04.2012 (im Internet unter www.ausschreibung.at), schrieb die Auftraggeberin im Rahmen eines offenen Verfahrens einen Bauauftrag nach dem Bestbieterprinzip im Unterschwellenbereich zur Errichtung der Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf aus.

Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Hauptangebot mit einer Netto-Angebotssumme von € XXX. Mit Zuschlagsentscheidung vom 15.05.2012 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige den Zuschlag dem Abänderungsangebot der B*** (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Antrag in dem die Antragstellerin vorbringt, den Ausschreibungsunterlagen sei ein geotechnisches Gutachten des C*** vom 15.06.2011 beigelegt. In Pkt. 5.4 dieses Gutachtens werde betreffend die Bodenauswechslung folgendes festgelegt: Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Hauptangebot mit einer Netto-Angebotssumme von € römisch 30 . Mit Zuschlagsentscheidung vom 15.05.2012 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige den Zuschlag dem Abänderungsangebot der B*** (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Antrag in dem die Antragstellerin vorbringt, den Ausschreibungsunterlagen sei ein geotechnisches Gutachten des C*** vom 15.06.2011 beigelegt. In Pkt. 5.4 dieses Gutachtens werde betreffend die Bodenauswechslung folgendes festgelegt:

"Aufgrund des einheitlichen bindigen Untergrundes sind im Bereich der neuen Verkehrs- und Parkflächen die anstehenden frostempfindlichen Lehmschichten durch ein gut verdichtungsfähiges und frostsicheres Korngemisch der Korngruppe RK oder KK 0/63 auszuwechseln. Die Mächtigkeit der Bodenauswechslung soll dabei 70cm nicht unterschreiten."

In Entsprechung dieser Vorgaben habe die Auftraggeberin in den Pos. 02.03.25.10A sowie 02.03.25.11C sowie mit der Pos. 02.03.30.20E einen Bodenaustausch ausgeschrieben. Die Massenangaben vor allem in der Pos. 02.03.30.20E des Leistungsverzeichnisses B5 ("Schüttmaterial Steinbruch"), spiegelten die Angaben des geotechnischen Gutachtens wider, dem eine Auswechslung von mindestens 70cm zugrunde gelegen sei.

Gemäß Pkt. 1.1.26.1 der Ausschreibung seien Alternativangebote neben einem ausschreibungsgemäßen Hauptangebot zulässig. Zu Inhalt und Form von Alternativen lege Pkt. 1.1.26.3 der Ausschreibung folgendes fest:

"[.....] Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. § 108 BVergG aufweisen. Hierfür sind, soweit möglich, Kopien der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies alles um die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen." [.....] Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. Paragraph 108, BVergG aufweisen. Hierfür sind, soweit möglich, Kopien der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies alles um die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen.

Wird durch ein Alternativangebot das der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liegende Gründungskonzept geändert, so muss diese Änderung, bei sonstiger Ausscheidung, durch ein geotechnisches (geomechanisches, hydrologisches) Gutachten des Bieters, im Hinblick auf den Nachweis der Gleichwertigkeit nachgewiesen werden. Dabei sind die Bodenkennwerte (Bohrprofile, geotechnische Laboruntersuchungen und Grundwasserstanddaten des AG-Entwurfes, soweit zweckmäßig und eigene Erkundungen des Bieters soweit erforderlich, zugrunde zu legen (vgl. Erlass des BMWA, GZ 800.040/35-VI/B/7a/97: Allgemeine bautechnische Angelegenheiten; geotechnische Maßnahmen vom 18.11.1997). Wird durch ein Alternativangebot das der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liegende Gründungskonzept geändert, so muss diese Änderung, bei sonstiger Ausscheidung, durch ein geotechnisches (geomechanisches, hydrologisches) Gutachten des Bieters, im Hinblick auf den Nachweis der Gleichwertigkeit nachgewiesen werden. Dabei sind die Bodenkennwerte (Bohrprofile, geotechnische Laboruntersuchungen und

Grundwasserstanddaten des AG-Entwurfes, soweit zweckmäßig und eigene Erkundungen des Bieters soweit erforderlich, zugrunde zu legen vergleiche Erlass des BMWA, GZ 800.040/35-VI/B/7a/97: Allgemeine bautechnische Angelegenheiten; geotechnische Maßnahmen vom 18.11.1997).

Haben Alternativangebote neue oder geänderte Behörden oder Grundeinlöseverfahren zur Voraussetzung, so ist bereits mit dem Angebot die Möglichkeit der Durchführbarkeit in geeigneter Form nachzuweisen.

Das Risiko ein ordnungsgemäßes, vergleichbares Anbot zu legen, trägt der Bieter, da jederzeit Anfragen zur Beurteilung der Vergleichbarkeit durch den Auftragnehmer bei der ausschreibenden Stelle im Rahmen der Fristen möglich sind. Auf weitere Bestimmung bezüglich Haftung und Risikotragung wird auf den Teil B4 verwiesen."

Hinsichtlich der Mindestanforderungen für Alternativangebote enthalte Pkt.1.1.26.5 der Ausschreibung folgende Festlegungen:

"Alternativangebote, welche mit der Ausschreibung technisch, wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig sind, werden mit nachstehenden Einschränkungen zum gegenständlichen Vergabeverfahren zugelassen:

- Rechtliche Alternativen sind nicht zulässig.

- Bauzeitverlängerungen sind nicht zulässig.

- Bauzeitverkürzungen sind nicht zulässig, außer sie sind als

Zuschlagskriterien vorgesehen.

- Nachlässe aus Verknüpfungen mit anderen Baulosen sind nicht zulässig.

- Alternativen zu deren Planung der AN Planer (Subunternehmer o. a.m.)

heranzieht, welche mit der Erstellung des AG-Projektes oder wesentlicher

Vorarbeiten zu diesem Projekt beschäftigt waren, sind nicht zulässig.

Die nachfolgenden Kriterien werden zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Alternativen als Mindestanforderungen definiert.

Allgemeine Mindestanforderungen

Alternativangebote müssen das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Mindestanforderungen sind somit insbesondere:

- Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und UVP (liegt beim AG zur Einsicht auf).

- ÖNORMEN und EN- Normen (soweit diese nicht bereits nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden).

- Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS. -Technische Vorschriften aus Erlässen und Dienstanweisungen des

Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie -

BMVIT,

Radetzkystraße 2, 1030 Wien.

- DIN- Normen.

- Richtlinien und Merkblätter der österreichischen Vereinigung

für Beton- und Bautechnik - ÖVBB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes.

- Planungshandbücher der ASFINAG veröffentlicht unter www.asfinag.net."

Neben dem Preis sei als einziges Qualitätskriterium die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 3% gewichtet worden. Die Angebotsfrist habe am 24.04.2012 geendet. Das günstigste Hauptangebot habe die Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von € xxx gelegt. Dahinter folge an dritter Stelle das Hauptangebot der B*** (in weiterer Folge präsumtive Bestbieterin) mit € xxx. Mit einer verlesenen Angebotssumme von € xxx habe die präsumtive

Bestbieterin noch ein Abänderungsangebot 1 "Bodenverbesserung" gelegt. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist sei von keinem Bieter angeboten worden. Die Zuschlagsentscheidung sei mit dem billigeren Preis (Kriterienauswertung) begründet worden. Laut Bewertungsergebnis liege das Angebot der Antragstellerin nur an dritter Stelle, wobei an zweiter Stelle der ursprüngliche Auftragsschätzwert der Auftraggeberin angeführt werde.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die Zuschlagsentscheidung vom 05.05.2012 in ihrem Recht auf Ausscheiden ausschreibungswidriger sowie nicht gleichwertiger Alternativangebote von Mitbewerbern, ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt.

Im Einzelnen führte die Antragstellerin aus, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da das für den Zuschlag vorgesehene "Abänderungsangebot" der präsumtiven Bestbieterin gar kein ordnungsgemäßes Abänderungsangebot darstelle. Abänderungsangebote dürften gem. § 1 Z 1 BVergG im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialauswahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten. Das Angebot dürfe von der ausgeschriebenen Leistung nicht in einem so weit gehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweichen. Eine Bodenverbesserung stelle gegenüber einem Bodenaustausch eine wesentliche technische Änderung dar und betreffe mehrere Positionen. Im Einzelnen führte die Antragstellerin aus, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da das für den Zuschlag vorgesehene "Abänderungsangebot" der präsumtiven Bestbieterin gar kein ordnungsgemäßes Abänderungsangebot darstelle. Abänderungsangebote dürften gem. Paragraph eins, Ziffer eins, BVergG im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialauswahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten. Das Angebot dürfe von der ausgeschriebenen Leistung nicht in einem so weit gehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweichen. Eine Bodenverbesserung stelle gegenüber einem Bodenaustausch eine wesentliche technische Änderung dar und betreffe mehrere Positionen.

Gehe man davon aus, dass sich die präsumtive Bestbieterin nur in der Bezeichnung vergriffen habe und tatsächlich ein Alternativangebot vorliege, hätte dessen Gleichwertigkeit nachgewiesen werden müssen. Aufgrund ihrer Branchenkenntnis in Bezug auf die präsumtive Bestbieterin gehe die Antragstellerin davon aus, dass das gegenständliche Abänderungsangebot eine Bodenverbesserung mittels Kalkstabilisierung im Baumischverfahren zum Inhalt habe. Bei dieser Technik werde anstehendes bindiges Material mittels Einfräsen von Kalk stabilisiert. Diese Art der Bodenstabilisierung sei aus technischen Gründen jedoch nur bis zu einer Stärke von 50cm möglich. Da jedoch ein Austausch von 70cm des Bodens vorgeschrieben sei, könne eine Stabilisierung nicht mit einem wirklichen Bodenaustausch gleichwertig sein. Die Ausschreibungsunterlagen würden die Einbringungen eines verdichtungsfähigen und frostsicheren Korngemisches in der Stärke von 70cm vorschreiben. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin stelle weder qualitativ (Kalkstabilisierung gegenüber Korngemisch) noch quantitativ (oberste 50cm gegenüber 70cm) eine gleichwertige technische Lösung dar. Das Angebot hätte aus diesem Grund ausgeschieden werden müssen. Das Ausscheiden des Abänderungsangebotes der präsumtiven Bestbieterin hätte zufolge gehabt, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Hauptangebotes der Antragstellerin erfolgen hätte müssen.

Zur Frage der mangelnde Festlegung von Mindestanforderungen führte die Antragstellerin aus, das Abänderungsangebot der Bestbieterin hätte auch deshalb ausgeschieden werden müssen, weil die Auftraggeberin es verabsäumt habe, die Vergleichbarkeit von Bodenverbesserungsalternativen durch geeignete Mindestanforderungen und dafür geeignete Zuschlagskriterien vergleich- und damit bewertbar zu machen. Die Ausschreibung bestimme auch eine Reihe von Mindestanforderungen für Alternativangebote (Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlage B1). Alternativen müssten das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bausoll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssten in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Die angeführten Mindestanforderungen erschöpften sich aber im Gebot, die Bestimmungen und Auflagen der Bescheide und der UVP, die ÖNORMEN und EN- Normen, die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS u.s.w. einzuhalten. Damit fehlten aber Mindestanforderungen, die Eigenschaften oder Ergebnis betreffen, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen habe (EB 2006 zu § 81). Eine bloße Verweisung auf nationale und internationale Rechtsvorschriften und Normen, die auch von Alternativangeboten einzuhalten seien, entspreche nicht der Judikatur des EuGH. Für die Vergleichbarkeit einer Alternative mit Bodenstabilisierung wären Mindestanforderungen erforderlich gewesen, die die Frostepfindlichkeit,

Festigkeit des Bodens (Verdichtungsfähigkeit) und Frostsicherheit festlegen. Solche Mindestanforderungen fehlten jedoch. Somit enthielten die Ausschreibungsunterlagen keine hinreichend bestimmten Mindestanforderungen, weshalb das Alternativangebot der präsumtiven Bestbieterin unzulässig gewesen sei. Zur Frage der mangelnde Festlegung von Mindestanforderungen führte die Antragstellerin aus, das Abänderungsangebot der Bestbieterin hätte auch deshalb ausgeschieden werden müssen, weil die Auftraggeberin es verabsäumt habe, die Vergleichbarkeit von Bodenverbesserungsalternativen durch geeignete Mindestanforderungen und dafür geeignete Zuschlagskriterien vergleich- und damit bewertbar zu machen. Die Ausschreibung bestimme auch eine Reihe von Mindestanforderungen für Alternativangebote (Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlage B1). Alternativen müssten das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bausoll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssten in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Die angeführten Mindestanforderungen erschöpften sich aber im Gebot, die Bestimmungen und Auflagen der Bescheide und der UVP, die ÖNORMEN und EN-Normen, die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS u.s.w. einzuhalten. Damit fehlten aber Mindestanforderungen, die Eigenschaften oder Ergebnis betreffen, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen habe (EB 2006 zu Paragraph 81.). Eine bloße Verweisung auf nationale und internationale Rechtsvorschriften und Normen, die auch von Alternativangeboten einzuhalten seien, entspreche nicht der Judikatur des EuGH. Für die Vergleichbarkeit einer Alternative mit Bodenstabilisierung wären Mindestanforderungen erforderlich gewesen, die die Frostepfindlichkeit, Festigkeit des Bodens (Verdichtungsfähigkeit) und Frostsicherheit festlegen. Solche Mindestanforderungen fehlten jedoch. Somit enthielten die Ausschreibungsunterlagen keine hinreichend bestimmten Mindestanforderungen, weshalb das Alternativangebot der präsumtiven Bestbieterin unzulässig gewesen sei.

Darüber hinaus seien Alternativangebote nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben würden, zulässig. Die Verwendung von Qualitätskriterien sei deshalb so wichtig, weil Alternativangebote typischer Weise zwar die Mindestanforderungen erfüllten, qualitativ aber an ausschreibungskonforme Hauptangebote nicht ganz heranreichen würden. Die abweichende Qualität könne über die Verwendung geeigneter Qualitätskriterien bewertbar gemacht werden. Das einzige vorliegende Qualitätskriterium (Verlängerung der Gewährleistungsfrist) sei nicht geeignet, jenen Qualitätsunterschied bewertbar zu machen, der zwischen einer Bodenverbesserung und einem Bodenaustausch liege. Schon aus diesem Grund ließe die vorliegende Ausschreibung Alternativangebote, die alternativ eine Bodenverbesserung vorsehen, in Ermangelung geeigneter Zuschlagskriterien iSd § 81 Abs 1 BVergG nicht zu. Um häufigere Frostaufbrüche und daher häufigere und frühere Reparaturnotwendigkeiten bei Einsatz einer Bodenstabilisierung mit einem Bodenaustausch vergleichbar zu machen, hätten die Betriebskosten, insbesondere Reparaturkosten über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, als Qualitätskriterium abgefragt und bewertet werden müssen. Die Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist, die bei einem qualitativ schlechteren Alternativangebot naturgemäß nicht angeboten würde, sei nicht geeignet, höherer Reparaturkosten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist in einer Gesamtbewertung angemessen berücksichtigen zu können. Auch aus diesem Grund hätte das Abänderungsangebot Bodenstabilisierung mangels Vergleichbarkeit ausgeschieden werden müssen. Darüber hinaus seien Alternativangebote nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben würden, zulässig. Die Verwendung von Qualitätskriterien sei deshalb so wichtig, weil Alternativangebote typischer Weise zwar die Mindestanforderungen erfüllten, qualitativ aber an ausschreibungskonforme Hauptangebote nicht ganz heranreichen würden. Die abweichende Qualität könne über die Verwendung geeigneter Qualitätskriterien bewertbar gemacht werden. Das einzige vorliegende Qualitätskriterium (Verlängerung der Gewährleistungsfrist) sei nicht geeignet, jenen Qualitätsunterschied bewertbar zu machen, der zwischen einer Bodenverbesserung und einem Bodenaustausch liege. Schon aus diesem Grund ließe die vorliegende Ausschreibung Alternativangebote, die alternativ eine Bodenverbesserung vorsehen, in Ermangelung geeigneter Zuschlagskriterien iSd Paragraph 81, Absatz eins, BVergG nicht zu. Um häufigere Frostaufbrüche und daher häufigere und frühere Reparaturnotwendigkeiten bei Einsatz einer Bodenstabilisierung mit einem Bodenaustausch vergleichbar zu machen, hätten die Betriebskosten, insbesondere Reparaturkosten über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, als Qualitätskriterium abgefragt und bewertet werden müssen. Die Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist, die bei einem qualitativ schlechteren Alternativangebot naturgemäß nicht angeboten würde, sei nicht geeignet, höherer Reparaturkosten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist in einer Gesamtbewertung angemessen berücksichtigen zu können. Auch aus diesem Grund hätte das Abänderungsangebot Bodenstabilisierung mangels Vergleichbarkeit ausgeschieden werden müssen.

Darüber hinaus sei eine Kalkstabilisierung des Bodens im Baumischverfahren gegenüber einem Austausch des lehmigen Bodens durch verdichtungsfähiges und frostsicheres Korngemisch der Korngruppe RK oder KK 0/63 keinesfalls gleichwertig. Der Gleichwertigkeitsnachweis könne schon deshalb nicht erbracht worden sein, weil eine Stabilisierung, die zum ausgeschriebenen Bodenaustausch objektiv gleichwertig sei, nicht möglich sei. Auch aus diesem Grund hätte das Abänderungsangebot der präsumtiven Bestbieterin mangels Gleichwertigkeit ausgeschieden werden müssen.

Zum Interesse führte die Antragstellerin im Antrag aus, sie sei seit vielen Jahren erfolgreich im Bereich des Autobahnen- und Schnellstraßenbaus sowie vielen verwandten Bereichen tätig. Es seien ihr ein Vertrauensschaden sowie Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere die Ausarbeitung des Hauptangebotes und der Alternativangebote sowie Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten entstanden. Dieser Aufwand wäre frustriert, wenn die Zuschlagserteilung im Sinne der Zuschlagsentscheidung erfolge. Zudem entstehe der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag ein zusätzlicher Schaden. Sie habe ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der tatsächlichen Durchführung öffentlicher Aufträge auch deshalb, um über die notwendigen Referenzen zu verfügen, die von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern gefordert würden.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 24.05.2012 allgemeine Auskünfte erstattete aber gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung kein Vorbringen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungsgründung eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVerG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches laut Auftraggeberin am 03.04.2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG 2006) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches laut Auftraggeberin am 03.04.2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl BVA 23.3.2012, N/0027- BVA/04/2012-30; 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a.). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 23.3.2012, N/0027- BVA/04/2012-30; 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a.).

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006 geführt. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006 geführt.

Nach Angaben der Auftraggeberin ist der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag gem. § 4 BVergG zu qualifizieren. Der dem Unterschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist über die elektronische Vergabeplattform am 15.05.2012 erfolgt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist.

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen dargelegt und die maßgeblichen Tatsachen glaubhaft gemacht. Sie brachte ua. vor, dass ihr im Fall der rechtswidrigen Verfahrensfortführung und der Vergabe des gegenständlichen Auftrages ein finanzieller Schaden durch die frustrierten Kosten für die Erstellung des Teilnahmeantrages drohe sowie ein Referenzprojekt für öffentliche Auftraggeber verloren gehe.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
misch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Da die Auftraggeberin die Fortsetzung des Vergabeverfahrens plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nach dem derzeitigen Kenntnisstand nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Eine Auftragserteilung an die Antragstellerin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zu Entscheidung

in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der ein allfälliges Hervorgehen der Antragstellerin als Sieger aus dem Wettbewerb ermöglicht.

Die Auftraggeberin 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, bekannt.

Jedoch 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 der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Die begehrte Maßnahme stellt in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation auch das gelindeste Mittel dar, um eine Teilnahme der Antragstellerin am weiteren Verfahren zu sichern. Jedoch 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 der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Die begehrte Maßnahme stellt in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation auch das gelindeste Mittel dar, um eine Teilnahme der Antragstellerin am weiteren Verfahren zu sichern.

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

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