

TE Verg Bescheid 2012/5/21 N/0052-BVA/07/2012-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.05.2012

Norm

BVergG 2006 §329

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 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A1 West Autobahn INSB Breitenmais - Steinhäusl, Bauleistungen" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 14.5.2012, 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 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A1 West Autobahn INSB Breitenmais - Steinhäusl, Bauleistungen" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 14.5.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, gerichtet auf Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), wird im Vergabeverfahren "A1 West Autobahn INSB Breitenmais - Steinhäusl, Bauleistungen" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit EU-weiter Bekanntmachung, versendet am 5.3.2012, schrieb der Auftraggeber in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung den gegenständlichen Bauauftrag im Oberschwellenbereich aus. Das gegenständliche Verfahren sollte im Rahmen eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip [1.Preis (98 Punkte), 2. Verkürzung

der Ausführungsdauer (0,05 Punkte pro Kalendertag - maximal 20 Kalendertage) und 3. Verlängerung der Gewährleistungsfrist (0,25 Punkte pro Jahr - maximal 4 Jahre)] mit einer dreimonatigen Zuschlagsfrist vergeben werden. Als Ende der Angebotsfrist wurde der 3.4.2012, 11.00 Uhr, fixiert.

Am 2.5.2012 erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Alternativangebotes der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C***, 2. D*** und 3. E*** (in der Folge präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem Gesamtpreis von Euro XXX (Leitwand). Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 14.5.2012 genannt. Am 2.5.2012 erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Alternativangebotes der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C***, 2. D*** und 3. E*** (in der Folge präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem Gesamtpreis von Euro römisch 30 (Leitwand). Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 14.5.2012 genannt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin vorbringt, dass das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässig sei, zumal es weder gleichwertig noch vergleichbar mit anderen Angeboten sei.

Gemäß den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (B.1, Punkt 1.1.26.1) seien Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung zulässig. Zur inhaltlichen Gleichwertigkeit sei unter Punkt 1.1.26.5. (Mindestanforderungen für Alternativangebote) Nachfolgendes ausgeführt:

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

- -Strichaufzählung
Rechtliche Alternativen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Bauzeitverlängerungen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Bauzeitverkürzungen sind nicht zulässig, außer sie sind als Zuschlagskriterien vorgesehen.
- -Strichaufzählung
Nachlässe aus der Verknüpfung mit anderen Baulosen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
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:

- -Strichaufzählung
Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und UVP (liegt beim AG zur Einsicht auf).
- -Strichaufzählung
ÖNORMEN und EN Normen (soweit diese nicht bereits in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden).
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS.
- -Strichaufzählung
Technische Vorschriften aus Erlassen und Dienstsanweisungen des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie - BMVIT, Radetzkystraße 2, 1030 Wien.
- -Strichaufzählung
DIN-Normen.
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Merkblätter der österreichische Vereinigung für Beton- und Bautechnik - ÖVBB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes.

- -Strichaufzählung

Planungshandbücher der ASFINAG veröffentlicht unter www.asfinag.net"

Im Leistungsverzeichnis (B.5) sei unter der Position 01 00B108A (Einschränkungen/Mindestanforderungen Alternativangebote) Nachfolgendes festgelegt:

"Projektspezifische Einschränkungen für Alternativen

Instandsetzung des 1.+2. Fahrstreifens gem. RVS 03.08.63 "Oberbaumessung" in Lastklasse II Instandsetzung des 1.+2. Fahrstreifens gem. RVS 03.08.63 "Oberbaumessung" in Lastklasse römisch eins.

Eine Alternative mit Ortbetonleitwand ist nur dann zulässig, wenn eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet werden kann."

Zu dieser Position sei in der 1. Berichtigung der Ausschreibung vom 21.3.2012 Folgendes ergänzt worden:

"Zusätzlich zu den bestehenden Einschränkungen wird folgendes festgelegt:

Alternative Verkehrsführungen sind nur soweit zulässig, als dass in beide Fahrtrichtungen jeweils zwei Spuren entsprechend den zeitlichen Vorgaben aufrecht zu erhalten sind"

Neben weiteren Bietern habe die Antragstellerin ein Hauptangebot (Euro XXX) sowie ein Alternativangebot (Euro XXX - Ortbetonleitwand) gelegt. Ebenso habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Hauptangebot (Euro XXX) und ein Alternativangebot (Euro XXX - Leitwand) abgegeben. Weder die Antragstellerin noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten eine Verkürzung der Ausführungsdauer oder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten. Neben weiteren Bietern habe die Antragstellerin ein Hauptangebot (Euro römisch 30) sowie ein Alternativangebot (Euro römisch 30 - Ortbetonleitwand) gelegt. Ebenso habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Hauptangebot (Euro römisch 30) und ein Alternativangebot (Euro römisch 30 - Leitwand) abgegeben. Weder die Antragstellerin noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten eine Verkürzung der Ausführungsdauer oder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten.

Die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Mindestanforderungen seien zur Bewertung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten unzureichend und ungeeignet. Selbst wenn angenommen würde, dass die Mindestanforderungen doch ausreichend und gesetzmäßig wären, würde das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diese Mindestanforderungen nicht erfüllen.

Die in den Allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 1.1.26.5 enthaltenen Mindestanforderungen seien inhaltsleer und keiner inhaltlichen Bewertung oder Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zugänglich. Rechtliche Alternativen, Bauzeitverlängerungen oder Verknüpfungsnachlässe seien ohnehin aufgrund mangelnder Gleichwertigkeit (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0002) unzulässig. Schon aus dem in § 20 Abs. 5 BVergG festgelegten "Vorarbeitenverbot" ergebe sich, dass Alternativen unter Heranziehung von Planern, die mit der Erstellung des ausgeschriebenen Projektes wesentlich beschäftigt gewesen seien, unzulässig seien. Die Einhaltung von Bescheiden, Richtlinien und Normen sei ohnehin Voraussetzung und könne keine geeignete Mindestanforderung darstellen (BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35). Die nachträgliche Vorgabe zur alternativen Verkehrsführung im Rahmen der 1. Berichtigung sei als Mindestanforderung ungeeignet, zumal die Vorgabe, in beiden Fahrtrichtungen jeweils zwei Spuren aufrechtzuerhalten, ohnehin mit Sicherheit auch eine Mindestvorgabe des zu erwartenden Verkehrsbescheides darstelle. Die in den Allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen unter Punkt 1.1.26.5 enthaltenen Mindestanforderungen seien inhaltsleer und keiner inhaltlichen Bewertung oder Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zugänglich. Rechtliche Alternativen, Bauzeitverlängerungen oder Verknüpfungsnachlässe seien ohnehin aufgrund mangelnder Gleichwertigkeit (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0002) unzulässig. Schon aus dem in Paragraph 20, Absatz 5, BVergG festgelegten "Vorarbeitenverbot" ergebe sich, dass Alternativen unter Heranziehung von Planern, die mit der Erstellung des ausgeschriebenen Projektes wesentlich beschäftigt gewesen seien, unzulässig seien. Die Einhaltung von Bescheiden, Richtlinien und Normen sei ohnehin Voraussetzung und könne keine geeignete Mindestanforderung darstellen (BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35). Die nachträgliche Vorgabe zur alternativen Verkehrsführung im Rahmen der 1. Berichtigung sei als Mindestanforderung ungeeignet, zumal die Vorgabe, in beiden Fahrtrichtungen jeweils zwei Spuren aufrechtzuerhalten, ohnehin mit Sicherheit auch eine Mindestvorgabe des zu erwartenden Verkehrsbescheides darstelle.

Aber auch die Mindestanforderung hinsichtlich der Ortbetonleitwände sei ungeeignet. Es ergebe sich daraus lediglich, dass der Auftraggeber - wie aus dem Leistungsumfang bereits ersichtlich - die Instandsetzung des Kanals im Mittelstreifen zu einem späteren Zeitpunkt beabsichtige, und eine solche Instandsetzung möglich oder "gewährleistet" sein solle. Diese Mindestanforderung entbehre jeglicher inhaltlicher Aussagekraft, zumal selbst bei durchgehender Herstellung der gesamten 13.200 Laufmeter bei aus Ortbeton hergestellten Mittelleitwänden es auch ohne deren Abbruch technisch möglich wäre, den Kanal nachfolgend - zwar sehr aufwändig und teuer - instandzusetzen. Dies sei allerdings nicht ausschlaggebend, da die Frage der Eignung und Gesetzmäßigkeit von Mindestanforderungen an Alternativangebote ex ante bzw. unabhängig von den tatsächlich eingelangten Alternativangeboten zu beurteilen sei. Ungeeignete Mindestanforderungen könnten nicht plötzlich als geeignet beurteilt werden.

Auf Basis der gegenständlichen Bestimmung solle lediglich die Kanalisierung möglich sein. Wirtschaftliche oder bautechnische Komponenten bzw. ein bestimmter Geräteeinsatz würden dabei keine Rolle spielen. Zwar ergebe sich bei Berücksichtigung des Preises des Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu jenem des billigsten Basisangebotes der Antragstellerin ein Preisvorteil auf Grund der Ortbetonausführung in der Höhe von Euro 250.000,--. Daraus würde jedoch auf Grund der dadurch bedingten Erschwernisse im Zuge einer Kanalisierung kein wirtschaftlicher Gesamtvorteil resultieren. Die sparsame Verwendung von öffentlichen Geldern würde auf diese Art und Weise nicht gefördert.

Die vorgesehenen Mindestanforderungen für Alternativangebote würden damit keine Parameter für die Feststellung der Gleichwertigkeit der alternativ angebotenen Leistung darstellen. Sie entsprächen weder dem in der EuGH-Judikatur vorgesehenen Grundsatz der Transparenz, noch der Klarheit in dem Sinne, dass sich Bieter eindeutig danach richten könnten bzw. Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer Zulässigkeit hätten oder die Gleichwertigkeitsprüfung des Auftraggebers nachträglich überprüfen bzw. nachvollziehen könnten. Solche fehlenden oder ungeeigneten Mindestanforderungen an Alternativangebote könnten nicht bestandsfest werden. Ebenso wenig könnte auf deren Basis eine Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Sämtliche angebotenen Alternativangebote seien daher mangels Gleichwertigkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Damit sei dem Basisangebot der Antragstellerin mit einem Preis von Euro XXX der Zuschlag zu erteilen. Die vorgesehenen Mindestanforderungen für Alternativangebote würden damit keine Parameter für die Feststellung der Gleichwertigkeit der alternativ angebotenen Leistung darstellen. Sie entsprächen weder dem in der EuGH-Judikatur vorgesehenen Grundsatz der Transparenz, noch der Klarheit in dem Sinne, dass sich Bieter eindeutig danach richten könnten bzw. Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer Zulässigkeit hätten oder die Gleichwertigkeitsprüfung des Auftraggebers nachträglich überprüfen bzw. nachvollziehen könnten. Solche fehlenden oder ungeeigneten Mindestanforderungen an Alternativangebote könnten nicht bestandsfest werden. Ebenso wenig könnte auf deren Basis eine Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Sämtliche angebotenen Alternativangebote seien daher mangels Gleichwertigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden. Damit sei dem Basisangebot der Antragstellerin mit einem Preis von Euro römisch 30 der Zuschlag zu erteilen.

Sowohl das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch jenes der Antragstellerin würden für den Auftraggeber keinen wirtschaftlichen Vorteil bringen, sondern sogar die Sanierung inklusive nachfolgender Kanalisierung verteuern. Die beabsichtigte nachfolgende Kanalisierung sei Bestandteil des Leistungsbildes und daher bei der Bewertung, ob ein Alternativangebot gleichwertig sei, zu berücksichtigen. Die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (B.1.) würden unter Punkt

1.1.26.5. aber nur Alternativangebote zulassen, die mit der Ausschreibung wirtschaftlich gleichwertig und vergleichbar seien.

Aufgrund der Preisunterschiede zwischen dem Basis- und dem Alternativangebot der Antragstellerin im Vergleich zu denen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine deutlich größere Menge an Fertigteilleitwänden durch Ortbetonleitwände ersetzt habe als die Antragstellerin. Für die Mindestanforderungen zu Alternativen mit Oberbetonleitwänden wäre Voraussetzung, diesen Mindestanforderungen einen sinnvollen Inhalt zu unterstellen. Dabei hätte die Instandsetzung des Kanals nicht nur gewährleistet sein, sondern zumindest auch eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen von einer Richtungsfahrbahn möglich sein müssen. Eine solche Interpretation könne jedoch nicht mit dem Wortlaut der Ausschreibungsbestimmungen in Einklang gebracht werden. Selbst wenn davon ausgegangen würde, würde kein zuschlagsfähiges Alternativangebot vorliegen, da eine ungehinderte Zufahrt zumindest von einer Seite bei der Herstellung von mehr als 8.190 Laufmetern

Betonleitwand in Ortbeton nicht möglich wäre.

Da aufgrund der Preisdifferenz beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin davon auszugehen sei, dass diese deutlich mehr Laufmeter in Ortbeton angeboten habe, sei jedenfalls eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen und zum Zwecke der Kanalisierung nach dem Angebot nicht mehr möglich. Ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG liege wegen Nichteinhaltung der Mindestanforderungen beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls vor. Die Zuschlagsentscheidung hätte zu Gunsten des Alternativangebotes der Antragstellerin, im Fall des Ausscheidens ihres Alternativangebotes jedenfalls auf das Basisangebot der Antragstellerin zu lauten. Da aufgrund der Preisdifferenz beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin davon auszugehen sei, dass diese deutlich mehr Laufmeter in Ortbeton angeboten habe, sei jedenfalls eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen und zum Zwecke der Kanalisierung nach dem Angebot nicht mehr möglich. Ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG liege wegen Nichteinhaltung der Mindestanforderungen beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls vor. Die Zuschlagsentscheidung hätte zu Gunsten des Alternativangebotes der Antragstellerin, im Fall des Ausscheidens ihres Alternativangebotes jedenfalls auf das Basisangebot der Antragstellerin zu lauten.

Bereits aufgrund der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin, zu der die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung zähle, ergebe sich das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des Auftrages und entstehe bzw. drohe ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden. Bereits zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in der Höhe von zumindest Euro 20.000 angelaufen. Dazu würden auch die zu entrichtenden Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 9.000,- zählen. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und in der Folge auf Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten sowie eines angemessenen Gewinnes. Außerdem entginge ihr ein wichtiges Referenzprojekt.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung der Alternativangebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, auf Ausscheiden von Alternativangeboten und gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung sowie auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Die Untersagung der Verfahrensfortsetzung sei zwingend erforderlich, da die Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffe, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung sei nicht gegeben. Vielmehr überwiege das Interesse der Antragstellerin an der Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstöße. Im Fall der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hätte die Antragstellerin den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten. Dies würde dem Interesse an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreites widersprechen und wäre mit einer ungebührlichen Erschwerung der Rechtsdurchsetzung verbunden. Besondere Interessen des Auftraggebers, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, lägen nicht vor. Zudem sei bei der Planung die Möglichkeit eines Vergabekontrollverfahren einzukalkulieren. Es bestehe ein Interesse an der Zuschlagserteilung an den Bestbieter. Besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens lägen nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 15.5.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der Auftragswert sei im Oberschwellenbereich gelegen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei über die elektronische Vergabepattform ava_online am 2.5.2012 an alle Bieter versandt worden. Es sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 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 1.4.2012, in Kraft getreten. 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 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das Anfang März 2012 und somit vor dem 1.4.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0052-BVA/07/2012 am 14.5.2012 protokollierte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. der diesbezügliche Nachprüfungsantrag nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurden, sind auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVerG) maßgeblich (vgl. BVA 2.5.2012, F/0002- BVA/04/2012; 7.5.2012, N/0045-BVA/07/2012-EV6; 7.5.2012, N/0046-BVA/07/2012-EV7). Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das Anfang März 2012 und somit vor dem 1.4.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0052-BVA/07/2012 am 14.5.2012 protokollierte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. der diesbezügliche Nachprüfungsantrag nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurden, sind auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVerG) maßgeblich (vergleiche BVA 2.5.2012, F/0002- BVA/04/2012; 7.5.2012, N/0045-BVA/07/2012-EV6; 7.5.2012, N/0046- BVA/07/2012-EV7).

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVerG 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, BVerG 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 des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVerG 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 des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVerG 2006 geführt.

Nach Angaben des Auftraggebers ist der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVerG 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 erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG. 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. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen gemäß den Bestimmungen des BVergG.

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 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 § 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 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.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung behauptet. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf ihr Vorbringen nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Verfahren betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht abzusprechen. Diese wird vielmehr im Hauptverfahren zu beurteilen sein.

Da seitens des Auftraggebers die Erteilung des Zuschlags auf das Alternativangebot der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. C***, 2. D*** und

3. E*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht

ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für den Zuschlag in Betracht kommen würde, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Erhalt des Zuschlages kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin 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, 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. 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 mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zur Abwendung des drohenden Schadens für die Antragstellerin.

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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