

TE Verg Bescheid 2012/5/16 N/0048-BVA/03/2012-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.05.2012

Norm

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 Abs3

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006, idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senates 3, Mag. Hubert Reisner, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "SiUm Amras / A12: km 72,5 bis km 75,8 / A13: km 00,0 bis km 01,2 / Verkehrstechnische Ausstattung für temporären Gegenverkehrsbetrieb" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 vom 4. Mai 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senates 3, Mag. Hubert Reisner, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "SiUm Amras / A12: km 72,5 bis km 75,8 / A13: km 00,0 bis km 01,2 / Verkehrstechnische Ausstattung für temporären Gegenverkehrsbetrieb" des Auftraggebers Autobahnen-

und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, vom 4. Mai 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren untersagt, im Vergabeverfahren 'SiUm Amras / A12: km 72,5 bis km 75,8 / A13: km 00,0 bis km 01,2 / Verkehrstechnische Ausstattung für temporären Gegenverkehrsbetrieb' mit dem Vergabeverfahren weiter fortzufahren bzw. den Zuschlag zu erteilen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 131, 328 Abs 1, 329 Abs 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 131, 328, Absatz eins, 329, Absatz eins und 3 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG stellte am 4. Mai 2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG stellte am 4. Mai 2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Die Antragstellerin brachte nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen vor, dass sich aus der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, der Angebotslegung und der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages unzweifelhaft ihr Interesse am Vertragsabschluss ergebe. Der drohende Schaden bestehe im Verlust der Chance auf die weitere Teilnahme am gegenständlichen Verfahren und die Erteilung des Zuschlags, die frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 5.000, dem Verlust in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrages von zumindest Euro 150.000 netto sowie dem Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19 Abs. 1 BVergG sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Abweichung von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf ein vergaberechtskonformes und ausschreibungskonformes Vergabeverfahren, im Recht auf eine vergaberechtskonforme und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf die Verbesserung eines behebbaren Mangels sowie im Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Das Ausscheiden des Angebotes sei rechtswidrig. Es liege kein Rechenfehler vor. Sämtliche Angebotsbestandteile wiesen exakt denselben Gesamtpreis aus. Liebe in diesen Gesamtpreis wiesen auch die von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsöffnung erstellte Angebotsübersicht sowie das Angebotseröffnungsprotokoll aus. Es handle sich auch nicht um einen Erklärungsirrtum. Spätestens ab dem Aufklärungsschreiben vom 10. April 2012 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, wie die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen interpretiert und darauf basierend die Bepreisung vorgenommen habe. Die "Rangordnung" im Hinblick auf Preise im Punkt 1.1.12 Abs 8 in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sei nicht schlüssig, weil nicht erkennbar sei, welches Dokument der "Angebotshauptteil" sei. Im Sinne einer Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sei das Leistungsverzeichnis darunter zu verstehen. Daher gelten die Preise - sowohl für die optionalen Leistungen, als auch jene für die Grundleistungen - laut Leistungsverzeichnis. Daher liege gar kein Mangel vor. Sollte es sich tatsächlich um einen Mangel handeln, sei dieser behebbar. Es seien im gegenständlichen Fall nicht der bzw die anlässlich der Angebotseröffnung verlesenen Preise für die Ermittlung des Bieters maßgeblich. Bewertungsrelevant seien auch 50 % der Summe Preis Optionalpositionen. Verlesen worden sei lediglich der Preis der LG 38 als bewertungsrelevanter Optionspreis. Eine Behebung des Mangels im Angebotsdeckblatt samt einer Korrektur der protokollierten Preise würde nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin führen, weil die protokollierten Preise eben nicht bewertungsrelevant für die Reihung der Angebote und die Ermittlung des Bestbieters seien. Die Auftraggeberin habe es demnach rechtswidrig unterlassen, der Antragstellerin die Möglichkeit zur Verbesserung eines

behebbarer Angebotsmangels einzuräumen. Die Antragstellerin brachte nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen vor, dass sich aus der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren, der Angebotslegung und der Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages unzweifelhaft ihr Interesse am Vertragsabschluss ergebe. Der drohende Schaden bestehe im Verlust der Chance auf die weitere Teilnahme am gegenständlichen Verfahren und die Erteilung des Zuschlags, die frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren in Höhe von zumindest Euro 5.000, dem Verlust in der Höhe des entgangenen Deckungsbeitrages von zumindest Euro 150.000 netto sowie dem Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Die Antragstellerin erachtet sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19 Absatz eins, BVergG sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Abweichung von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht auf ein vergaberechtskonformes und ausschreibungskonformes Vergabeverfahren, im Recht auf eine vergaberechtskonforme und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf die Verbesserung eines behebbaren Mangels sowie im Recht auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes verletzt. Das Ausscheiden des Angebotes sei rechtswidrig. Es liege kein Rechenfehler vor. Sämtliche Angebotsbestandteile wiesen exakt denselben Gesamtpreis aus. Liebe in diesen Gesamtpreis wiesen auch die von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsöffnung erstellte Angebotsübersicht sowie das Angebotseröffnungsprotokoll aus. Es handle sich auch nicht um einen Erklärungsirrtum. Spätestens ab dem Aufklärungsschreiben vom 10. April 2012 hätte der Auftraggeberin klar sein müssen, wie die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen interpretiert und darauf basierend die Bepreisung vorgenommen habe. Die "Rangordnung" im Hinblick auf Preise im Punkt 1.1.12 Absatz 8, in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sei nicht schlüssig, weil nicht erkennbar sei, welches Dokument der "Angebotshauptteil" sei. Im Sinne einer Interpretation der Ausschreibungsunterlagen sei das Leistungsverzeichnis darunter zu verstehen. Daher gelten die Preise - sowohl für die optionalen Leistungen, als auch jene für die Grundleistungen - laut Leistungsverzeichnis. Daher liege gar kein Mangel vor. Sollte es sich tatsächlich um einen Mangel handeln, sei dieser behebbar. Es seien im gegenständlichen Fall nicht der bzw. die anlässlich der Angebotseröffnung verlesenen Preise für die Ermittlung des Bieters maßgeblich. Bewertungsrelevant seien auch 50 % der Summe Preis Optionalpositionen. Verlesen worden sei lediglich der Preis der LG 38 als bewertungsrelevanter Optionspreis. Eine Behebung des Mangels im Angebotsdeckblatt samt einer Korrektur der protokollierten Preise würde nicht zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin führen, weil die protokollierten Preise eben nicht bewertungsrelevant für die Reihung der Angebote und die Ermittlung des Bestbieters seien. Die Auftraggeberin habe es demnach rechtswidrig unterlassen, der Antragstellerin die Möglichkeit zur Verbesserung eines behebbaren Angebotsmangels einzuräumen.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag zum Vorbringen des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Darüber hinaus brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin durch die Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und die Erteilung des Zuschlags nicht umkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Vergaberechts nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Auftraggeberin könnte ohne Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung das Verfahren fortzuführen und den Zuschlag erteilen. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen, da eine Feststellung der Rechtswidrigkeit die Chance, im Vergabeverfahren zu verbleiben und den Zuschlag zu erhalten, nicht aufwiegen könne. Einer Untersagung der Erteilung des Zuschlages stünden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeberin und der sonstigen Mitbewerber entgegen. Die Auftraggeberin sei verpflichtet, Verfahrensverzögerungen aufgrund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei ein der Auftraggeberin allfällig entstehender Schaden schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil sie durch ihre grob rechtswidrige Vorgehensweise die Situation geschaffen habe, die diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht habe. Auch die Interessen der anderen Bieter würden durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht berührt. Eine Gefährdung von Leib und Leben sei durch eine für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verzögerte Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht gegeben. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Die begehrte einstweilige Verfügung stelle auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme dar.

Am 8. Mai 2012, beim Bundesvergabeamt am 9. Mai 2012 eingelangt, erhob die B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH begründete Einwendungen und begehrte die Zustellung des Nachprüfungsantrags sowie Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes, soweit diese nicht

Berechtiger Weise von einer Akteneinsicht auszunehmen seien. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass sie ebenso wie ein für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter von der Nichtigerklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sei.

Am 9. Mai 2012 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, machte Angaben über den Umfang der Akteneinsicht und legte Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nahm sie nicht Stellung.

Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2012, beim Bundesvergabeamt am 14. Mai 2012 eingebracht und eingelangt, nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH schreibt die verkehrstechnische Ausstattung für den temporären Gegenverkehrsbetrieb im Bereich Tunnel Innsbruck Amras unter der Bezeichnung "SiUm Amras / A12: km 72,5 bis km 75,8 / A13: km 00,0 bis km 01,2 / Verkehrstechnische Ausstattung für temporären Gegenverkehrsbetrieb" als Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die Bekanntmachung erfolgte am 1. März 2012 im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-503493-231. Der CPV-Code lautet 51100000 - Installation von elektrischen und mechanischen Einrichtungen. Der geschätzte Auftragswert ohne die Optionen beträgt Euro 1,200.000 ohne USt, jener der Optionen Euro 435.144 ohne USt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 21. März 2012. Die A*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,320.104,81 und optionalen Leistungen von Euro 83.055,75 jeweils ohne USt. Die B*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,319.626,55 und optionalen Leistungen von Euro 273.273 jeweils ohne USt. Die C*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1,374.677,92 und optionalen Leistungen von Euro 335.413,62 jeweils ohne USt. Die D*** legte ein Angebot mit einer Angebotssumme von Euro 1.573.407,96 und optionalen Leistungen von Euro 431.038,90 jeweils ohne USt. Die Schätzkosten betragen für die Angebotssumme Euro 1,592.467 und für die optionalen Leistungen Euro 435.144 jeweils ohne USt. (Auskünfte der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter www.auftrag.at)

Mit E-Mail vom 27. April 2012 wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Es lautet wie folgt:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

wir müssen Ihnen leider mitteilen, dass Ihr Angebot 'Basisangebot' aus dem Verfahren Sium Amras Verkehrstechnische Ausstattung f. temporären Gegenverkehrsbetrieb (ID-Nr.: 10545) ausgeschieden wurde.

Die Begründung finden sie unter folgendem Link:

[https://www.avaonline.at/bieter/?aso=rp7t6ypr9_rp8cp979_r5crtt6y9cr_r5c9cytypt](https://www.avaonline.at/bieter/?aso=rp7t6ypr9_rp8cp979_r5crtt6y9cr_r5c9cytypt&filename=50309_begrueundung_A***_0.pdf)
t9&filename= 50309_begrueundung_A***_0.pdf

Mit freundlichen Grüßen

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die im Online-System der Auftraggeberin hinerlegte Begründung lautet wie folgt:

"Begründung über das Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 Abs. 3 BVergG 2006" Begründung über das Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006

Nach erfolgter Prüfung war Ihr Angebot aus folgendem Grund auszuschneiden:

Rechenfehler

Weil Ihr oben erwähntes Angebot rechnerisch fehlerhaft ist und gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Sachverhalt:

Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. § 126 Abs. 4 BVergG nicht

weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig.

Im Zuge der Angebotsprüfung des oben genannten Projektes musste festgestellt werden, dass Ihr Angebot bezüglich der Optionalen Leistungen gemäß Deckblatt eine Summe für die Optionalen Leistungen

In Höhe von Euro 83.075,55 aufweist. Dieser Betrag ist im Angebotsöffnungsprotokoll als bewertungsrelevanter Preis für die optionalen Leistungen auch verlesen und protokolliert worden. Eine Nachrechnung der LV-Positionen ergab jedoch, dass die Angebotssumme für diese Leistungen korrekterweise Euro 281.699,80 betragen müsste. Somit ergibt sich ein Rechenfehler von >2%.

Daraus folgt:

Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. § 126 Abs. 4 BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Die Einrechnung der Optionspreise in die Grundleistungen stellt einen solchen Rechenfehler dar. Nach den Bestimmungen der Ausschreibung werden rechnerisch fehlerhafte Angebote gem. Paragraph 126, Absatz 4, BVergG nicht weiter berücksichtigt, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindern - 2 v.H. oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Eine Vorreihung infolge einer Berichtigung eines Rechenfehlers ist nicht zulässig. Die Einrechnung der Optionspreise in die Grundleistungen stellt einen solchen Rechenfehler dar.

Zu Ihrer Aufklärung ist festzuhalten, dass im elektronischen Blatt (Angebotshauptteil) die Option nicht explizit angeführt sind. Der Gesamtpreis der Option wird nur im "händisch" ausgefüllten Deckblatt ersichtlich und ist daher wesentlich für die Angebotsöffnung. Wie dem Angebotsprotokoll zu entnehmen ist, ist als bewertungsrelevanter Optionspreis lediglich der Preis der LG 38 (anstelle der Gesamtsumme der Optionspreise) verlesen und protokolliert worden.

Eine Änderung der protokollierten Preisbestandteile würde zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung führen, welche aus unserer Sicht nicht zulässig ist.

Aus diesen Gründen ist Ihr Angebot gemäß § 129 Abs.1 Z 9 und § 129 Abs.2 BVergG 2006 auszuschneiden. Aus diesen Gründen ist Ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9 und Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 auszuschneiden.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Eine Zuschlagsentscheidung wurde noch nicht bekanntgegeben. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3. Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

Die BVergG-Novelle 2012, BGBl I Nr 10/2012, trat am 1. April 2012 in Kraft. Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind zu diesem Zeitpunkt bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Zu diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt anhängige Nachprüfungsverfahren sind ebenfalls nach der bisherigen Rechtslage

zu Ende zu führen. Die BVergG-Novelle 2012, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, trat am 1. April 2012 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind zu diesem Zeitpunkt bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Zu diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt anhängige Nachprüfungsverfahren sind ebenfalls nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen.

Das Vergabeverfahren wurde mit der Absendung der Bekanntmachung am 1. März 2012, somit vor Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Daher ist das BVergG in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle 2012 auf das Vergabeverfahren anzuwenden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde 4. Mai 2012 eingeleitet. Es ist daher nach den Bestimmungen des BVergG idF Novelle 2012 zu führen. Die Paragraphenzitate beziehen sich auf diese Bestimmungen. Das Vergabeverfahren wurde mit der Absendung der Bekanntmachung am 1. März 2012, somit vor Inkrafttreten der Novelle 2012 eingeleitet. Daher ist das BVergG in der Fassung vor Inkrafttreten der Novelle 2012 auf das Vergabeverfahren anzuwenden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde 4. Mai 2012 eingeleitet. Es ist daher nach den Bestimmungen des BVergG in der Fassung Novelle 2012 zu führen. Die Paragraphenzitate beziehen sich auf diese Bestimmungen.

3.2 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Bei der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 7. 4. 2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.). Bei der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 7. 4. 2010, N/0012-BVA/12/2010-16 u.v.a.).

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH 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 im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006 geführt.

Bei dem Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Das gegenständliche Verfahren ist gemäß § 12 Abs 1 Z 3 BVergG dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Bei dem Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Das gegenständliche Verfahren ist gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 9. Mai 2012, OZ 5, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 9. Mai 2012, OZ 5, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins,

BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.3 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 131 Abs 1 BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung besteht eine solche Verpflichtung nicht, wenn ua der Zuschlag dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll. Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Gemäß Absatz 2, dieser Bestimmung besteht eine solche Verpflichtung nicht, wenn ua der Zuschlag dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll.

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

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

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

Wie von der Auftraggeberin mitgeteilt hat sie noch keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Da sie die Antragstellerin zwar ausgeschieden hat, die Ausscheidensentscheidung jedoch angefochten wurde, ist das Ausscheiden der Antragstellerin noch nicht bestandskräftig und die Antragstellerin ist zumindest bis zum Abschluss des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens noch im Vergabeverfahren verblieben.

Die Regierungsvorlage zur Novelle 2009 führt dazu aus: "Hinzuweisen ist darauf, dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem 'endgültigen' Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann (vgl. dazu schon RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85)." (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 24) Die Regierungsvorlage zur Novelle 2009 führt dazu aus:

"Hinzuweisen ist darauf, dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw. das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem 'endgültigen' Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann vergleiche dazu schon Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85)." Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24)

Daher ist der Antragstellerin zumindest bis zum Abschluss des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens eine allfällige Zuschlagsentscheidung zuzustellen (BVA 30. 3. 2012, N/0038- BVA/05/2012-EV11).

Sollte während der Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung ergehen, müsste die Antragstellerin diese ebenfalls anfechten, da sie Gefahr liefe, dass die Auftraggeberin auf Grundlage dieser Zuschlagsentscheidung einer anderen Bieterin rechtens den Zuschlag erteilen könnte und der gegenständliche Nachprüfungsantrag ins Leere liefe (VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0007). Damit würde sie auch das Rechtsschutzbedürfnis im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren verlieren, weil auch die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ihre Rechtsposition im Vergabeverfahren nicht ändern könnte (BVA 23. 11 2011, N/0099- BVA/10/2011-41).

Zweck der einstweiligen Verfügung ist es, vorläufig die Schädigung von Interessen der Antragstellerin hintanzuhalten, bis über den Hauptantrag entschieden ist (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 141; zB BVA 25. 11. 2010, N/0097-BVA/09/2010-EV20; 2. 2. 2011, N/0008- BVA/08/2011-EV13).Zweck der einstweiligen Verfügung ist es, vorläufig die Schädigung von Interessen der Antragstellerin hintanzuhalten, bis über den Hauptantrag entschieden ist Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 141; zB BVA 25. 11. 2010, N/0097-BVA/09/2010-EV20; 2. 2. 2011, N/0008- BVA/08/2011-EV13).

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen in der Teilnahme am Vergabeverfahren und der Berücksichtigung ihres Angebots bei der Auswahl des Angebots für den Zuschlag.

Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren, dessen Wirksamkeit gesichert werden soll, ist die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung beantragt. Die Schädigung der Interessen der Antragstellerin kann nur darin liegen, dass der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt wird, bevor über den Nachprüfungsantrag entschieden ist. Allerdings kann die Auftraggeberin den Zuschlag nur nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und bei sonstiger Nichtigkeit nach Ablauf der Stillhaltefrist erteilen. Wie oben ausgeführt muss die Auftraggeberin jedoch der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitteilen und ist letztere verpflichtet, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ebenfalls zu beantragen. Somit droht der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine unmittelbare Schädigung von Interessen, die durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgesichert werden könnte (BVA 12. 1. 2009, N/0001-BVA/13/2009-6; 4. 7. 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; 20. 7. 2011, N/0070- BVA/12/2011-EV7; 30. 3. 2012, N/0038- BVA/05/2012-EV11).

Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Diese Maßnahme ist überschießend und daher abzuweisen, da ein solches Verbot bedeuten würde, dass die Auftraggeberin nicht einmal die Ausscheidensentscheidung zurücknehmen könnte (zB BVA 10. 11. 2011, N/0112-BVA/10/2011-EV9).

Zusammengefasst liegt durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung bereits entstandene oder drohende keine Schädigung von Interessen der Antragstellerin vor, die gemäß § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder verhindern wäre (BVA 12. 1. 2009, N/0001-BVA/13/2009-6; 11. 3. 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14; 4. 7. 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; 20. 7. 2011, N/0070- BVA/12/2011-EV7; 26. 7. 2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; 30. 3. 2012, N/0038-BVA/05/2012-EV11).Zusammengefasst liegt durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung bereits entstandene oder drohende keine Schädigung von Interessen der Antragstellerin vor, die gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder verhindern wäre (BVA 12. 1. 2009, N/0001- BVA/13/2009-6; 11. 3. 2010, N/0015-BVA/12/2010-EV14; 4. 7. 2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; 20. 7. 2011, N/0070- BVA/12/2011-EV7; 26. 7. 2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; 30. 3. 2012, N/0038-BVA/05/2012-EV11).

Schlagworte

Abweisung der einstweiligen Verfügung; Keine unmittelbar drohende Schädigung von Interessen;

Zuletzt aktualisiert am

23.07.2012

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