

TE Verg Bescheid 2012/3/6 N/0024-BVA/02/2012-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.03.2012

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 BundesvergabeGesetz 2006, in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Objekt L40 Altersbergbrücke, AB-Km 135,5 / Bauleistung Vollerneuerung des Korrosionsschutzes", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modercenterstraße 16/3, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 24. Februar 2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 25. Februar 2012), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Objekt L40 Altersbergbrücke, AB-Km 135,5 / Bauleistung Vollerneuerung des Korrosionsschutzes", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9,

1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modercenterstraße 16/3, 1030 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 24. Februar 2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 25. Februar 2012), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt im Vergabeverfahren "A10 Tauernautobahn, Objekt L40 Altersbergbrücke, AB-Km 135,5 / Bauleistung Vollerneuerung des Korrosionsschutzes" den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachungen zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgten national am 28.11.2011 im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-499016-1b25 und Europaweit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 30.11.2011, 2011/S 230-372958. Es handelt es sich um einen Bauauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Mit Automatikmail über die Vergabeplattform @-AVA-Online vom 15.2.2012 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot ausgeschieden werde und dass er beabsichtige im genannten Vergabeverfahren der B*** (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit einem Gesamtpreis von Euro 5.489.138,70 netto den Zuschlag zu erteilen. Als Ende der Stillhaltefrist war der 27.2.2012 genannt.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Begründend führt die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 24.2.2012 und 2.3.2012 insbesondere aus wie folgt:

Rechtswidrige Ausscheidensentscheidung wegen Verstoß gegen die Ausschreibungsunterlagen

Das Angebot der Antragstellerin entspreche den Ausschreibungsbedingungen. Wie in Punkt 1.1.12 des Teils B.1 der Ausschreibungsunterlagen festgelegt, habe das Angebot der Antragstellerin bei der Angebotsöffnung K7-Blätter betreffend die Positionen 01090231B, 01096510A und 01096511A beinhaltet. Dass von der Antragstellerin mit dem Angebot alle zwingend abzugebenden K3- und K7-Blätter für wesentliche Positionen abgegeben worden seien, habe der Auftraggeber im Angebotsöffnungsprotokoll ausdrücklich bestätigt. Dies beweise, dass der Auftraggeber die von ihm erstellten Ausschreibungsunterlagen selbst so interpretiere bzw. verstanden haben wolle, dass (entgegen der Begründung in der Ausscheidensentscheidung) nicht alle mit "w" gekennzeichneten Positionen des Leistungsverzeichnisses mittels K3- und K7- Blättern offen zu legen seien, sondern nur diejenigen, die für die Gesamtleistung von Bedeutung seien.

Dieses Verständnis entspreche nicht nur dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung, sondern zeige sich in der vormaligen, vergleichbaren Ausschreibung "Sanierungsmaßnahme L43 Stahlbau" (Verfahrens-ID 7695, Angebotsfrist 4.4.2011, 11.00 Uhr). Die Regelung im Angebotsdeckblatt habe ebenso vorgesehen, dass zu den "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen" - bei gleichzeitiger Ausscheidenssanktion - die "K7 Blätter der wesentlichen Positionen" gehörten. Im Leistungsverzeichnis seien fünf, mit "w" gekennzeichnete Positionen (02.0101A Einrichten der Baustelle, 02.0201A zeitgebundene Kosten Bauzeit, 02.1001M Z Gerüst - Stahlbau, 08.0195A Z Dreieckssteifen bei Pfeilerkonsolen, 08.0198A Z Auflagersteife einschweißen) enthalten gewesen. Damals habe die nunmehrige Antragstellerin, wie im gegenständlichen Fall, nur für die drei, mit "w" gekennzeichneten Positionen, die für die Gesamtleistung von Bedeutung gewesen seien, K7- Blätter mit dem Angebot eingereicht (nämlich 08.0195A Z Dreieckssteifen bei Pfeilerkonsolen über EUR 11.547,00, 08.0198A Z Auflagersteife einschweißen über EUR 149.881,00 und 02.1001M Z Gerüst - Stahlbau über EUR 51.660,50). Nachdem die K7-Blätter für sämtliche Positionen nachgereicht worden seien, habe der Auftraggeber die nunmehrige Antragstellerin damals mit den Sanierungsmaßnahmen betraut.

Gemäß § 79 Abs 4 BVergG 2006 könne ein Auftraggeber in der Ausschreibung die als wesentlich geltenden Positionen kennzeichnen. Diese seien dann für die vertiefte Angebotsprüfung betreffend die Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise heranzuziehen. Die vertiefte Angebotsprüfung sei eine Plausibilitätsprüfung wesentlicher Positionen zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Kalkulation. Wesentliche Positionen seien also solche, die der Auftraggeber als wesentlich kennzeichne und die entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung seien oder bei Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten (vgl. Bundesministerium für Wirtschaft

und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 86). Nach dieser Definition seien im gegenständlichen Fall lediglich drei LV-Positionen für die Gesamtleistung von Bedeutung, nämlich LV-Pos. 01 09 02 31B (Kompl.-Ko.Schutz Bestand Typ 1 im Ausmaß von 53.500 m² , Positionspreis EUR 3.375.850,--), LV-Pos. 01 09 65 10A (Arbeitsgerüst Ko-Schutz im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR 922.000,--) und LV-Pos. 01 09 65 11A (Einhausung Ko-Schutz staub- wasserdicht im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR 239.200,--). Es sei unverständlich, weshalb etwa die mit "w" gekennzeichnete LV-Position 01 09 02 34C (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 über EUR 3.830,40) für die Gesamtleistung von Bedeutung sein könne, bei einer Massenänderung eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken oder einen Manipulationsversuch darstellen könne. Gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2006 könne ein Auftraggeber in der Ausschreibung die als wesentlich geltenden Positionen kennzeichnen. Diese seien dann für die vertiefte Angebotsprüfung betreffend die Nachvollziehbarkeit der angebotenen Preise heranzuziehen. Die vertiefte Angebotsprüfung sei eine Plausibilitätsprüfung wesentlicher Positionen zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Kalkulation. Wesentliche Positionen seien also solche, die der Auftraggeber als wesentlich kennzeichne und die entweder für die Gesamtleistung von Bedeutung seien oder bei Massenänderungen eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken könnten vergleiche Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 86). Nach dieser Definition seien im gegenständlichen Fall lediglich drei LV-Positionen für die Gesamtleistung von Bedeutung, nämlich LV-Pos. 01 09 02 31B (Kompl.-Ko.Schutz Bestand Typ 1 im Ausmaß von 53.500 m² , Positionspreis EUR 3.375.850,--), LV-Pos. 01 09 65 10A (Arbeitsgerüst Ko-Schutz im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR 922.000,--) und LV-Pos. 01 09 65 11A (Einhausung Ko-Schutz staub- wasserdicht im Ausmaß von 1,00 PA, Positionspreis EUR 239.200,--). Es sei unverständlich, weshalb etwa die mit "w" gekennzeichnete LV-Position 01 09 02 34C (mechanische Schutzbesch. Bestand Typ 4 über EUR 3.830,40) für die Gesamtleistung von Bedeutung sein könne, bei einer Massenänderung eine Verschiebung der Bieterreihung bewirken oder einen Manipulationsversuch darstellen könne.

Die von der Antragstellerin mit dem Angebot vorgelegten K7- Blätter über Leistungen im Wert von EUR 4.537.050,-- entsprächen bereits 83,18 % der Angebotssumme. Nach der in der Ausschreibung, LV-Pos. 00B103B Subunternehmer %-Satz, enthaltenen Definition seien alle Positionen für Leistungsteile nur dann wesentlich, wenn sie mehr als 10 % der Gesamtangebotssumme ausmachten. Dies träfe im gegenständlichen Fall lediglich auf zwei Positionen zu, nämlich LV-Pos. 01 09 02 31B mit über EUR 3.375.850,-- und LV-Pos. 01 09 65 10A mit über EUR 922.000,--.

Nach § 118 Abs 6 Z 4 BVergG 2006 habe der Auftraggeber bei der Angebotsöffnung die zwingend verlangten Beilagen zu prüfen, deren Fehlen festzustellen und das Ergebnis zu dokumentieren (vgl. Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar, § 118, Rz 56). Der Auftraggeber habe bei der Angebotsöffnung am 25.1.2012 zunächst geprüft und anschließend in der Beilage zum Angebotsöffnungsprotokoll dokumentiert, dass alle zwingend verlangten Beilagen - somit auch die K-Blätter für wesentliche Positionen - eingereicht worden seien. Nach Paragraph 118, Absatz 6, Ziffer 4, BVergG 2006 habe der Auftraggeber bei der Angebotsöffnung die zwingend verlangten Beilagen zu prüfen, deren Fehlen festzustellen und das Ergebnis zu dokumentieren vergleiche Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar, Paragraph 118, Rz 56). Der Auftraggeber habe bei der Angebotsöffnung am 25.1.2012 zunächst geprüft und anschließend in der Beilage zum Angebotsöffnungsprotokoll dokumentiert, dass alle zwingend verlangten Beilagen - somit auch die K-Blätter für wesentliche Positionen - eingereicht worden seien.

Bei richtiger Betrachtungsweise gelte für die Möglichkeit der Nachreichung von zwingend bei der Angebotsabgabe verlangten Unterlagen, Nachweise die weder Preise, noch Leistungen verändern und damit den Wettbewerb beeinflussen, seien nachbringbar. Für diese Betrachtungsweise spreche, dass andernfalls Bieter bzw deren Angebote auch dann auszuschneiden wären, wenn Nachweise fehlten, obwohl die Auftraggeber - wie auch in diesem Falle - wisse, dass der Bieter über diese Nachweise verfüge. Dabei handle es sich um keinen inhaltlich sinnvollen Grund ein Angebot auszuschneiden.

§ 107 Abs 2 BVergG beinhalte kein absolutes Vollständigkeitsgebot, denn nur "unbehebbar Vollständigkeitsgebot" (gemeint wohl Unvollständigkeitsgebot) könnten zum Ausscheiden gem § 129 Abs 1 Z 7 BVergG führen (Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel BVergG 2006-Kommentar, Rz 2 zu § 108 und Rz 9, 10 zu § 107). Ausschließlich zwingend geforderte Nachweise, die zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung dem Bieter nicht vorlagen (wie etwa Berufsberechtigungen), seien nicht nachreichbar, sodass das Angebot auszuschneiden sei (vgl. Bundesministerium für

Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 87). Auch die Aufforderung zur Nachreichung der K7-Blätter sowie die Einladung der Antragstellerin zum Aufklärungsgespräch zeige, dass für den Auftraggeber die K-Blätter betreffend die wesentlichen Positionen bereits mit dem Angebot abgegeben wurden seien und damit kein sofortiger Ausscheidungsgrund vorgelegen sei Paragraph 107, Absatz 2, BVergG beinhalte kein absolutes Vollständigkeitsgebot, denn nur "unbehebbarer Vollständigkeitsmangel" (gemeint wohl Unvollständigkeitsmangel) könnten zum Ausscheiden gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG führen (Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel BVergG 2006-Kommentar, Rz 2 zu Paragraph 108 und Rz 9, 10 zu Paragraph 107,). Ausschließlich zwingend geforderte Nachweise, die zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung dem Bieter nicht vorlagen (wie etwa Berufsberechtigungen), seien nicht nachreichbar, sodass das Angebot auszuschneiden sei vergleiche Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Die Durchführung einer (Bau-) Ausschreibung gem. BVergG 2006 in der novellierten Fassung von 2010, Seite 87). Auch die Aufforderung zur Nachreichung der K7-Blätter sowie die Einladung der Antragstellerin zum Aufklärungsgespräch zeige, dass für den Auftraggeber die K-Blätter betreffend die wesentlichen Positionen bereits mit dem Angebot abgegeben wurden seien und damit kein sofortiger Ausscheidungsgrund vorgelegen sei

Der Auftraggeber habe im Ausschreibungsverfahren nicht ausdrücklich deutlich gemacht, inwieweit eine unvollständige Vorlage bedingener Unterlagen mit dem Angebot als Ausscheidenstatbestand festgelegt werde, und inwieweit eine Nachreichung zur Herstellung der Vollständigkeit der K-Blätter ausgeschlossen sei. Aus dem Bieterhorizont sei die vom Auftraggeber gelebte Vorgehensweise (vgl. "Sanierungsmaßnahme L43 Stahlbau") und die in der Ausschreibung gewählte Formulierung, auch im Zusammenhang mit dem Schlagwort "Ausscheidenssanktion" nicht anders zu verstehen, als dass es sich um einen Ausscheidensvorbehalt für den Fall der gänzlichen Nichtvorlage von bedungenen Unterlagen zum Angebot, handle. Dieser Fall einer "gänzlichen Nichtvorlage" liege nicht vor. Der Auftraggeber habe im Ausschreibungsverfahren nicht ausdrücklich deutlich gemacht, inwieweit eine unvollständige Vorlage bedingener Unterlagen mit dem Angebot als Ausscheidenstatbestand festgelegt werde, und inwieweit eine Nachreichung zur Herstellung der Vollständigkeit der K-Blätter ausgeschlossen sei. Aus dem Bieterhorizont sei die vom Auftraggeber gelebte Vorgehensweise vergleiche "Sanierungsmaßnahme L43 Stahlbau") und die in der Ausschreibung gewählte Formulierung, auch im Zusammenhang mit dem Schlagwort "Ausscheidenssanktion" nicht anders zu verstehen, als dass es sich um einen Ausscheidensvorbehalt für den Fall der gänzlichen Nichtvorlage von bedungenen Unterlagen zum Angebot, handle. Dieser Fall einer "gänzlichen Nichtvorlage" liege nicht vor.

Hätte der Auftraggeber gewollt, dass von den Bietern für alle mit "w" gekennzeichneten Positionen K-Blätter vorzulegen seien, hätte er dies klar festzulegen gehabt und bei der Angebotsöffnung prüfen und dokumentieren müssen. Unterlasse der Auftraggeber klare Angaben in seinen Ausschreibungsunterlagen, dürfe dies nicht zu Lasten des Bieters gehen (1171 der Beilagen XXII. GP, Seite 67). Hätte der Auftraggeber gewollt, dass von den Bietern für alle mit "w" gekennzeichneten Positionen K-Blätter vorzulegen seien, hätte er dies klar festzulegen gehabt und bei der Angebotsöffnung prüfen und dokumentieren müssen. Unterlasse der Auftraggeber klare Angaben in seinen Ausschreibungsunterlagen, dürfe dies nicht zu Lasten des Bieters gehen (1171 der Beilagen römisch 22 . GP, Seite 67).

Rechtswidrige Ausscheidensentscheidung wegen Verstößen gegen die Bestimmungen des BVergG 2006

Das nicht Abgeben von K-Blättern mit dem Angebot stelle einen behebbaren Mangel dar (BVA 26.05.1997, N-7/97-12, Gölles in Gölles (Hg), Praxisleitfaden BVergG 2006, Rz 1067) und führe nach den BVergG-Bestimmungen nicht zu einem sofortigen Ausscheiden des Angebotes. K-Blätter dokumentierten die Kalkulationsgrundlagen der Bieter. Durch die K-Blätter könne das Angebot, insbesondere der Angebotspreis, nicht mehr verändert werden. Seien sie in der Ausschreibung angefordert, mache ihr Fehlen zwar ein Nachreichen notwendig, könne jedoch keine Veränderung des Angebotspreises, somit der Wettbewerbsstellung des Bieters bewirken. Das Angebot sei unvollständig und bleibe es, wenn die Frist zur Verbesserung nicht genützt werde. Das Fehlen von Kalkulationsformblättern sei [aus vergaberechtlicher Sicht] als behebbarer Mangel zu werten" (BVA 11.12.2003, 17N- 115/03-30; 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVKK 8.9.1999, S-116/99-16; BVKK 22.7.1998, S-39/98-12). Trotz Fehlens von Kalkulationsblättern sei eine Angebotsprüfung möglich. Ihre Bedeutung erlangen sie vor allem bei der Neuverhandlung von Preisen im Zuge der Auftragsabwicklung, wenn es zu Veränderungen der auszuführenden Massen komme.

Nur solche Mängel seien als unbehebbar zu qualifizieren, die nach der Angebotsöffnung zu einer materiellen Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen könnten (VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Hier jedoch handle es sich nach der Aicher-Formel um eine behebbare Unvollständigkeit, denn sie könne nach Angebotsöffnung zu keiner

Änderung des Angebotspreises oder der Wettbewerbsstellung führen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar § 129 Rz 81 ff). Nur solche Mängel seien als unbehebbar zu qualifizieren, die nach der Angebotsöffnung zu einer materiellen Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen könnten (VwGH vom 25.02.2004, 2003/04/0186). Hier jedoch handle es sich nach der Aicher-Formel um eine behebbare Unvollständigkeit, denn sie könne nach Angebotsöffnung zu keiner Änderung des Angebotspreises oder der Wettbewerbsstellung führen (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar Paragraph 129, Rz 81 ff).

Der Auftraggeber sei nicht ermächtigt behebbare, zu unbehebbar Mängeln zu machen (vgl. §§ 79, 80 und 129 BVergG). Derartige stelle einen Verstoß gegen die vergabegesetzlichen Gestaltungsvorschriften dar (vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG 2006-Kommentar Rz 86 zu § 129 mwN in FN 167). Einzig § 129 Abs 1 Z 9 BVergG lasse Festlegungen in der Ausschreibung zu. Dies sei jedoch im gegenständlichen Fall nicht relevant, weil die Ausscheidungsentscheidung auf Z 7 leg.cit. fuße. Der Auftraggeber sei nicht ermächtigt behebbare, zu unbehebbar Mängeln zu machen vergleiche Paragraphen 79, 80 und 129 BVergG). Derartige stelle einen Verstoß gegen die vergabegesetzlichen Gestaltungsvorschriften dar vergleiche Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel BVergG 2006-Kommentar Rz 86 zu Paragraph 129, mwN in FN 167). Einzig Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG lasse Festlegungen in der Ausschreibung zu. Dies sei jedoch im gegenständlichen Fall nicht relevant, weil die Ausscheidungsentscheidung auf Ziffer 7, leg.cit. fuße.

§ 127 Abs 1 BVergG erlaube Aufklärung nur bei Zweifel an der Eignung des Unternehmers, bei Unklarheiten in Angeboten oder bei behebbaren Angebotsmängeln (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 127, Rz 7). Durch die Aufforderung zur Nachreichung von Unterlagen sowie der Einladung zum Aufklärungsgespräch zeige der Auftraggeber unzweifelhaft, dass er selbst von einer behebbaren Unvollständigkeit ausgehe. Bei einer festgestellten unbehebbar Unvollständigkeit sei eine Aufklärung sinnlos und leiste einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub (vgl. BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39, siehe auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, 126, Rz 8f). Paragraph 127, Absatz eins, BVergG erlaube Aufklärung nur bei Zweifel an der Eignung des Unternehmers, bei Unklarheiten in Angeboten oder bei behebbaren Angebotsmängeln (Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 127,, Rz 7). Durch die Aufforderung zur Nachreichung von Unterlagen sowie der Einladung zum Aufklärungsgespräch zeige der Auftraggeber unzweifelhaft, dass er selbst von einer behebbaren Unvollständigkeit ausgehe. Bei einer festgestellten unbehebbar Unvollständigkeit sei eine Aufklärung sinnlos und leiste einer rechtswidrigen Angebotsänderung Vorschub vergleiche BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39, siehe auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, 126, Rz 8f).

Da das Angebot der Antragstellerin demnach zu Unrecht ausgeschieden worden sei, sei es an erste Stelle zu reihen. Auch die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig.

Die Antragstellerin sei ein erfolgreiches Unternehmen in der Stahlbau-, Edelstahl- und Anlagenbaubranche. Aufgrund ihrer Qualifikation habe sie Interesse am Vertragsabschluss über die gegenständlich ausgeschriebene Bauleistung. Dieses Interesse habe sie auch durch die Abgabe eines seriösen Angebotes, das Aufklärungsgespräch am 9.2.2012 mit dem Auftraggeber und die nachfolgende Korrespondenz bekundet. Das rechtswidrige Vorgehen des Auftraggebers verletze sie in ihren Rechten auf Teilnahme an und Durchführung eines vergaberechts-konformen Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, auf Einhaltung des Grundsatzes des freien und lauten Wettbewerbes, auf eine vollständige gesetz- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung, auf Einhaltung der Bestimmungen über die Aufklärung bei Mangelhaftigkeit der Angebote und über das Ausscheiden eines Angebotes, auf vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung sowie in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung. Wenn der Antragstellerin dieser Auftrag entgehe, sei damit für sie nicht nur ein Schaden in Höhe des mit dem Auftrag zu erzielenden Gewinnes verbunden, sondern auch der Beitrag, den dieser Auftrag zu den allgemeinen Kosten des Betriebes der Antragstellerin geleistet hätte. Die Antragstellerin verliere die Möglichkeit, diesen Auftrag bei künftigen Ausschreibungen als Referenzprojekt anzugeben.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen führte die Antragstellerin insbesondere aus, ohne einstweilige Verfügung sei es dem Auftraggeber möglich, im gegenständlichen Vergabeverfahren fortzufahren und den Zuschlag zu erteilen. In diesem Fall bestehe für die Antragstellerin keine Möglichkeit mehr, der Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und den Erhalt des Auftrages zu vergaberechtskonformen Bedingungen.

Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei unerlässlich, eine bloße Feststellung (ex post) einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen könnten die Chance, den Auftrag oder zumindest den Teilauftrag zu erhalten, nicht aufwiegen, zumal eine Schadenersatzklage den vollen Beweis, tatsächlich Bestbieter zu sein, voraussetze. Einer Untersagung der Zuschlagserteilung stünden keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers und sonstiger Mitbewerber entgegen. Laut Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.3.2012, N/0023- BVA/02/2012-EV7 sei die gegenständliche Ausschreibung bereits von einem anderen Unternehmen angefochten worden und der Auftraggeber habe sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen.

Mit Schriftsatz vom 28.2.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erklärte, gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung kein Vorbringen zu erstatten.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert netto Euro 5.320.810,00), das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt wird. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert netto Euro 5.320.810,00), das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt wird. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen.

Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da der Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorginge, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch der Antragstellerin als Bestbieterin 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 Zuschlagsentscheidung und -erteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

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. Der Auftraggeber hat keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben und auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden. 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. Der Auftraggeber hat keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben und auch der erkennenden Senatsvorsitzenden sind weder eine besondere Dringlichkeit noch besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

Darüber hinaus 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. Darüber hinaus 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.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung Zuschlagserteilung;

Zuletzt aktualisiert am

11.04.2012

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