

TE Verg Bescheid 2012/2/28 N/0019-BVA/10/2012-EV13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.02.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3 idF 2010/I/15

BVergG 2006 §329 Abs4 idF 2010/I/15

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "S10 Mühlviertler Schnellstraße - Unterweikersdorf bis Freistadt Nord / Bauabschnitt 4 / Bauleistung S10 - BL 4.2Neubau Umfahrung Freistadt Nord" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH vertreten durch X***, Rechtsanwalt, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft A***-B***-C*** bestehend aus 1. A***, 2. B***, Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "S10 Mühlviertler Schnellstraße - Unterweikersdorf bis Freistadt Nord / Bauabschnitt 4 / Bauleistung S10 - BL 4.2Neubau Umfahrung Freistadt Nord" der

Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH vertreten durch X***, Rechtsanwalt, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft A***-B***-C*** bestehend aus 1. A***, 2. B***,

1. 3.Ziffer 3

C***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH vom 20. Februar 2012 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

Spruch

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

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "S10 Mühlviertler Schnellstraße - Unterweikersdorf bis Freistadt Nord / Bauabschnitt 4 / Bauleistung S10 - BL 4.2 Neubau Umfahrung Freistadt Nord", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Bietergemeinschaft A***-B***-C*** bestehend aus 1. A***,

1. 2.Ziffer 2

B***, 3. C***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 20. Februar 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. B***, 3. C***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 20. Februar 2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Darin führte sie, dass die Zuschlagsentscheidung vom 10. Februar 2012 angefochten werde. Sie erachte sich in ihrem Recht auf Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote von Mitbewerbern, ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt. Der Vertrauensschaden betrage an Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere die Ausarbeitung des Hauptangebotes und der Alternativangebote sowie der bisherigen Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten. Dieser Aufwand wäre frustriert, wenn die Zuschlagserteilung im Sinne der Zuschlagsentscheidung erfolge. Das Erfüllungsinteresse (Gewinn- und Deckungsbeitrag) am gegenständlichen Auftrag sei aus der Kalkulation der Antragstellerin (Kalkulationsblätter) herleitbar. Zudem drohe der Verlust eines Referenzprojekts. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das für den Zuschlag vorgesehene Alternativangebot der präsumtiven Bestbieterin richtigerweise ausgeschieden werden hätte müssen. Aufgrund ihrer Branchenkenntnis in Bezug auf die präsumtive Bestbieterin gehe die Antragstellerin davon aus, dass Inhalt der gegenständlichen Alternative Nummer 6 der Bietergemeinschaft D***/E*** eine geänderte Bogenherstellung als im Amtsentwurf F48 ("Bogenfreibau"), nämlich eine Bauweise in der sogenannten "Cruciani"-Methode sei. Insbesondere die E*** sei für die Verwendung dieser Methode bekannt. Eine ordnungsgemäße Ausarbeitung eines Angebotes entsprechend der "Cruciani"-Methode sei innerhalb des kurzen Zeitraums zwischen der Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen am 28. Juni 2011 und der Angebotsabgabe am 4. August 2011 nicht möglich gewesen. Aufgrund der im Jahr 2009 neu eingeführten bzw in Geltung gesetzten Eurocodes und der Mindestanforderungen für Alternativangebote habe für technische Alternativangebote ein umfassender statischer Detailnachweis zur Machbarkeit und Gleichwertigkeit geführt werden müssen. Insbesondere hätten ein Nachweis für die statische Lastabtragung im Bauzustand und in der Endüberlagerung, ein statischer Detailnachweis und ein Nachweis für die Entsprechung der Erdbebennorm zu erbringen gewesen. Es könne sich nur um eine integrale Brückenlösung handeln.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass ein statischer Nachweis nicht erfolgt sei. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die konstruktive Planung des Übergangsbereichs Widerlager zur Hinterfüllung nicht ordnungsgemäß nachgewiesen worden sei. In einer Reihe näher genannter Positionen sei die Alternative 06 der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht ausreichend dimensioniert gewesen, um als gleichwertig anerkannt zu werden. Nachbesserungen im Zuge der Angebotsprüfung seien unzulässig.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass eine bloße (ex post) Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen können die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könnten. Nach der Rechtsmittelrichtlinie solle eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorialen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erforderten. Die Antragstellerin erklärt ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwogen Interessen der beteiligten Bieter gegenüber der Antragsgegnerin. Betreffend besonderen öffentlichen Interessen sei festzuhalten, dass nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zu den besonderen öffentlichen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, vor allem die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen zählten. Öffentliche Interessen bestünden jedoch auch an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Dabei habe die Rechtswidrigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe. Im gegenständlichen Vergabeverfahren bestünden im Vergleich zu den Bieterinteressen offensichtlich keine schützenswerten Interessen an der Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter, wie Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum. Des Weiteren habe die Antragsgegnerin ihr fehlendes Dringlichkeitsinteresse dadurch dokumentiert, dass sie keine beschleunigte Verfahrensart gewählt habe. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden müsse ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit von allfälligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich rechnen und die damit einhergehenden Zeitverzögerungen bei seiner Planung berücksichtigen. Somit liege in einer allfälligen Terminüberschreitung kein Nachteil, der in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden dürfe, weil es sonst der Auftraggeber durch entsprechendes Zeitmanagement bei der Auftragsvergabe in der Hand hätte, die Effizienz des Vergaberechtschutzes zu unterlaufen. Die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung ergäben sich aus dem im Nachprüfungsantrag dargelegten Schaden. Da nur die Interessen der Antragstellerin bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen der Auftraggeberin und sonstige Mitbieter schädige, und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünden, habe die Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass eine bloße (ex post) Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen können die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könnten. Nach der Rechtsmittelrichtlinie solle eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorialen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erforderten. Die Antragstellerin erklärt ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwogen Interessen der beteiligten Bieter gegenüber der Antragsgegnerin. Betreffend besonderen öffentlichen Interessen sei festzuhalten, dass nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zu den besonderen öffentlichen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, vor allem die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen zählten. Öffentliche Interessen bestünden jedoch auch an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Dabei habe die Rechtswidrigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe. Im gegenständlichen Vergabeverfahren bestünden im Vergleich zu den Bieterinteressen offensichtlich keine schützenswerten Interessen an der Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter, wie Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum. Des Weiteren habe die Antragsgegnerin ihr fehlendes Dringlichkeitsinteresse dadurch dokumentiert, dass sie keine beschleunigte Verfahrensart gewählt habe. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden müsse ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit von allfälligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich rechnen und die damit einhergehenden Zeitverzögerungen bei seiner Planung berücksichtigen. Somit liege in einer allfälligen Terminüberschreitung kein Nachteil, der in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden dürfe, weil es sonst der

Auftraggeber durch entsprechendes Zeitmanagement bei der Auftragsvergabe in der Hand hätte, die Effizienz des Vergaberechtschutzes zu unterlaufen. Die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung ergäben sich aus dem im Nachprüfungsantrag dargelegten Schaden. Da nur die Interessen der Antragstellerin bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen der Auftraggeberin und sonstige Mitbieter schädige, und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünden, habe die Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 zugunsten der Antragstellerin auszufallen.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 27. Februar 2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung und verzichtete auf eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft - ASFINAG errichtet die S 10 Mühlviertler Schnellstraße zwischen Unterweikersdorf und Freistadt Nord. Sie hat die Asfinag Bau Management GmbH im Sinne des § 1007 ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Im Zuge dieses Vorhabens schrieb sie das Baulos 4.2, den Neubau der Umfahrung Freistadt Nord, mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 38.678.899 europaweit aus. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft - ASFINAG errichtet die S 10 Mühlviertler Schnellstraße zwischen Unterweikersdorf und Freistadt Nord. Sie hat die Asfinag Bau Management GmbH im Sinne des Paragraph 1007, ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Im Zuge dieses Vorhabens schrieb sie das Baulos 4.2, den Neubau der Umfahrung Freistadt Nord, mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 38.678.899 europaweit aus. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die ASFINAG Bau Management GmbH veröffentlichte in eigenem Namen ohne Hinweis auf eine Bevollmächtigung eine Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Union vom 15. Jänner 2011 zur Zahl 2011/S 10-014837 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-483655-1113, beide abgesandt am 14. Jänner 2011. Sie veröffentlichte die Bekanntmachung der Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. Juni 2011 zur Zahl 2011/S 123-203836 und im und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-492410-1628, beide abgesandt am 28. Juni 2011. Sie nahm drei Berichtigungen vor. Sie veröffentlichte die zweite Berichtigung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. Juli 2011 zur Zahl 2011/S 144-237985 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger zur Zahl L-493665-1722. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Im Angebotsdeckblatt ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft als Auftraggeberin und die ASFINAG Bau Management GmbH als vergebende Stelle genannt.

(Angebotsdeckblatt)

Die Auftraggeberin schreibt einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Der Auftrag hat den CPV-Code 45000000 - Bauarbeiten aus. Gegenstand der Ausschreibung ist die Errichtung der S 10 Mühlviertler Schnellstraße, Bauabschnitt 4.2 AB - km 20,500 - AB km 22,035. Im Wesentlichen besteht das Baulos aus dem Streckenbau zwischen km 20,500 bis 22,035 (1,535 km) der S 10, sowie dem Zubringer Grünbach Sandl zur S 10 (1,1 km), einer Großbrücke (Feldaistbrücke Nord 323 m) sowie weiteren fünf Brücken (Rampen- bzw. Überfahrtsbrücken) und einer kleinen Unterflurtrasse (Freistadt Nord 69 m). Alternativangebote sind zulässig. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)Die Auftraggeberin schreibt einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Der Auftrag hat den CPV-Code 45000000 - Bauarbeiten aus. Gegenstand der Ausschreibung ist die Errichtung der S 10 Mühlviertler Schnellstraße, Bauabschnitt 4.2 Ausschussbericht - km 20,500 - Ausschussbericht km 22,035. Im Wesentlichen besteht das Baulos aus dem Streckenbau zwischen km 20,500 bis 22,035 (1,535 km) der S 10, sowie dem Zubringer Grünbach Sandl zur S 10 (1,1 km), einer Großbrücke (Feldaistbrücke Nord 323 m) sowie weiteren fünf Brücken (Rampen- bzw. Überfahrtsbrücken) und einer kleinen Unterflurtrasse (Freistadt Nord 69 m). Alternativangebote sind zulässig. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

Zuschlagskriterien sind der Preis mit 98,5 % und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 1,5 %. (Position

00B107A im Leistungsverzeichnis, B.5 der Ausschreibungsunterlage)

Am 4. August 2011 erfolgte die Angebotsöffnung. Die J*** gab ein Hauptangebot mit einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre und einem Nachlass von 4 % ab. Die Antragstellerin gab ein Hauptangebot und zehn Alternativangebote ab. Sie bot keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist an. Die Bietergemeinschaft D***/E*** gab ein Hauptangebot und sieben Alternativangebote mit einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre ab. Die Bietergemeinschaft F***/G***/H*** gab ein Hauptangebot ohne Verlängerung der Gewährleistungsfrist ab. Die I*** gab ein Hauptangebot und ein Alternativangebot mit einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre ohne Nachlass ab. (Protokoll der Angebotsöffnung)

Die Auftraggeberin schied die Alternativangebote Nr 01 "Optimierung Objekt F 45", Nr 04 "Kombination A 01 + A 02", Nr 05 "Kombination A 01 + A 03" und Nr 07 "Kombination A 01 + A 02 + A 03" der Bietergemeinschaft D***/E*** aus. Sie sah von einem Ausscheiden des Hauptangebots der J*** und aller Alternativangebote der Antragstellerin aus verfahrensökonomischen Gründen ab. (Vergabebericht)

Die Angebotsbewertung reihte das Alternativangebot Nr 6 der Bietergemeinschaft D***/E*** mit 98,92 Punkten an erster Stelle, ihr Alternativangebot Nr 3 mit 98,63 Punkten an zweiter Stelle, das Alternativangebot Nr 10 der Antragstellerin mit 98,50 Punkten an dritter Stelle sowie deren Alternativangebot Nr 8 mit 98,18 Punkten an vierter Stelle. (Vergabebericht)

Am 20. Februar 2012 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Alternativangebots Nr 06 "Kombination Alternative 02 + 03" der Bietergemeinschaft D***/E*** bekannt. (Protokoll der Angebotsöffnung)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammern genannten Quellen schlüssig. Es sind die Unterlagen des Vergabeverfahrens und Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann. Die vorgelegten sonstigen Unterlagen haben den Anschein der Echtheit für sich und wurden inhaltlich nicht bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, da mit Unterfertigung des Angebotsdeckblattes durch den Bieter und Annahme durch sie der Vertrag mit ihr zustande kommt. Dabei schadet nicht, dass nicht sie, sondern die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH in den Bekanntmachungen genannt ist. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG (st Rspr zB BVA 10. 8. 2007, N/0067-BVA/02/2007-038; 23. 12. 2010, N/0095-BVA/08/2010-90; 31. 10. 2011, N/0081-BVA/07/2011-26). Die ASFINAG Bau Management GmbH ist vergebende Stelle iSd § 2 Z 42 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über Dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, da mit Unterfertigung des Angebotsdeckblattes durch den Bieter und Annahme durch sie der Vertrag mit ihr zustande kommt. Dabei schadet nicht, dass nicht sie, sondern die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH in den Bekanntmachungen genannt ist. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG (st Rspr zB BVA 10. 8. 2007, N/0067-BVA/02/2007-038; 23. 12. 2010, N/0095-BVA/08/2010-90; 31. 10. 2011, N/0081-BVA/07/2011-26). Die ASFINAG Bau Management GmbH ist vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über Dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

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. 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 27. Februar 2012, OZ 12, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 27. Februar 2012, OZ 12, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin 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.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 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, BVergG 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 Bundesvergabebeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 BVergG 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 Bundesvergabebeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 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 Bundesvergabebeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die Bietergemeinschaft D***/E*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (st Rspr zB BVA 9. 9. 2011 N/0084-BVA/10/2011-EV14). Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die Bietergemeinschaft D***/E*** beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (st Rspr zB BVA 9. 9. 2011 N/0084-BVA/10/2011-EV14).

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Wesentlichen im Abschluss des Vertrags über die Durchführung der ausgeschriebenen Bauleistungen.

Der Auftraggeber macht keine entgegenstehenden Interessen geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den Tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14.

5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den Tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Es sind keine gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen hervorgekommen.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall die für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen überwiegen.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23).

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Schlagworte

Einstweilige Verfügung;

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