

TE Verg Bescheid 2011/10/31 N/0081-BVA/07/2011-26

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.10.2011

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §316 Abs2 Z1

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "S06 Tunnelkette Bruck, BL04.2 Niklasdorftunnel Generalsanierung Bau und Bus/S06 Semmering Schnellstraße, TK Bruck BL04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und BuS", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Heinz Marschalek als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl römisch eins Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "S06 Tunnelkette Bruck, BL04.2 Niklasdorftunnel Generalsanierung Bau und Bus/S06 Semmering Schnellstraße, TK Bruck BL04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und BuS", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und

3. C***, vertreten durch X***, vom 18.8.2011, eingebracht am 19.8.2011, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2011 zu Gunsten der D*** AG, Dir IC, wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG durch den Auftraggeber, wird abgewiesen. Der Antrag, gerichtet auf Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG durch den Auftraggeber, wird abgewiesen.

Begründung

Die Veröffentlichung der Bekanntgabe zur Auftragsvergabe "S06 Tunnelkette Bruck, BL04.2 Niklasdorftunnel Generalsanierung Bau und Bus/S06 Semmering Schnell-straße, TK Bruck BL04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und BuS" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, erfolgte europaweit am 5.7.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 89-144981. Mit Bekanntmachung vom 22.6.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 118-193856 wurde der Termin für den Angebotseingang von ursprünglich 22.6.2011, 11:00 Uhr, auf 28.6.2011, 11:00 Uhr, verlegt und der Zeitpunkt für die Angebotsöffnung von 22.6.2011, 15:00 Uhr, auf 28.6.2011, 15:00 Uhr, geändert. Laut Bekanntmachung handelt es sich um eine Bauleistung (CPV-Code 45000000), die in einem offenen Verfahren an den Bestbieter vergeben werden soll.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C*** (in der Folge Antragstellerin) legte neben weiteren Bietern ein Angebot.

Mit E-Mail vom 9.8.2011 teilte die vergebende Stelle der Antragstellerin erstmals mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren der "Firma E****" zu erteilen.

Begründend verweist diese Nachricht auf die Internetadresse:

<https://www.ava-online.at/bieter/....> . In der unter diesem Link für die

Antragstellerin abrufbaren Telefax-Nachricht "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß §131 BVergG 2006", teilte die vergebende Stelle mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der "D*** AG, Dir. IC," zu erteilen.

Am 10.8.2011 übersandte die vergebende Stelle per E-Mail und Telefax eine weitere Zuschlagsentscheidung, wonach diese neue Mitteilung die am Vortag bereits bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung vollinhaltlich ersetze. Als präsumtive Zuschlagsempfängerin wird in dieser Mitteilung die "D*** AG, Dir. IC" genannt. Neben der ermittelten Vergabesumme (inkl. all-fälliger Optionen) für das erfolgreiche Angebot von netto EUR XXX, wird die jeweilige, von der Bestbieterin und der Antragstellerin für ihr Hauptangebot erreichte Gesamtpunkteanzahl angegeben ("ErfolgreichesAm 10.8.2011 übersandte die vergebende Stelle per E-Mail und Telefax eine weitere Zuschlagsentscheidung, wonach diese neue Mitteilung die am Vortag bereits bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung vollinhaltlich ersetze. Als präsumtive Zuschlagsempfängerin wird in dieser Mitteilung die "D*** AG, Dir. IC" genannt. Neben der ermittelten Vergabesumme (inkl. all-fälliger Optionen) für das erfolgreiche Angebot von netto EUR römisch 30 , wird die jeweilige, von der Bestbieterin und der Antragstellerin für ihr Hauptangebot erreichte Gesamtpunkteanzahl angegeben ("Erfolgreiches

Angebot Punkte gesamt 99,00 ... Ihr Angebot 96,60").

Gegen diese Entscheidung richtet sich der mit Schriftsatz vom 18.8.2011 gestellte Antrag auf Nichtigerklärung. Außerdem beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht und den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 26.8.2011, GZ N/0081- BVA/07/2011-EV8, teilweise stattgegeben.

Begründend führte die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag im Wesentlichen aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht zuschlagsfähig.

Ein Unternehmen, mit der Bezeichnung "D*** AG, Dir. IC" habe sich am Vergabeverfahren nicht beteiligt und somit auch kein zuschlagsfähiges Angebot gelegt. Aus § 130 Abs. 1, § 2 Z 3 und Z 13 sowie § 25 Abs. 2 BVergG ergebe sich,

dass der Zuschlag nur einem Unternehmen erteilt werden dürfe, das auch ein Angebot abgegeben habe. Bei der Angebotsöffnung seien neben dem Angebot der Antragstellerin vier weitere Angebote verlesen worden. Darunter sei auch das Angebot des Unternehmens "E***", jedoch kein Angebot der "D***" gewesen. Auch der Beilage "Angebotsübersicht" zum Angebotseröffnungsprotokoll sei als Bieter lediglich die "E***" zu entnehmen. Der Zuschlag könne daher nur an die "E***", die sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, und nicht an ein anderes Unternehmen ergehen, selbst wenn es sich dabei um ein Unternehmen aus der D***-Gruppe handle. Gemäß § 2 Z 37 BVerG sei - trotz wirtschaftlicher Verflechtungen im Konzern - ein Unternehmen stets ein Rechtsträger, insbesondere eine juristische Person, die als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers den Auftrag erhalte. Das Auswechseln einer Konzerngesellschaft nach Angebotsabgabe sei unzulässig. Ein Unternehmen, mit der Bezeichnung "D*** AG, Dir. IC" habe sich am Vergabeverfahren nicht beteiligt und somit auch kein zuschlagsfähiges Angebot gelegt. Aus Paragraph 130, Absatz eins., Paragraph 2, Ziffer 3 und Ziffer 13, sowie Paragraph 25, Absatz 2, BVerG ergebe sich, dass der Zuschlag nur einem Unternehmen erteilt werden dürfe, das auch ein Angebot abgegeben habe. Bei der Angebotsöffnung seien neben dem Angebot der Antragstellerin vier weitere Angebote verlesen worden. Darunter sei auch das Angebot des Unternehmens "E***", jedoch kein Angebot der "D***" gewesen. Auch der Beilage "Angebotsübersicht" zum Angebotseröffnungsprotokoll sei als Bieter lediglich die "E***" zu entnehmen. Der Zuschlag könne daher nur an die "E***", die sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, und nicht an ein anderes Unternehmen ergehen, selbst wenn es sich dabei um ein Unternehmen aus der D***-Gruppe handle. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 37, BVerG sei - trotz wirtschaftlicher Verflechtungen im Konzern - ein Unternehmen stets ein Rechtsträger, insbesondere eine juristische Person, die als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers den Auftrag erhalte. Das Auswechseln einer Konzerngesellschaft nach Angebotsabgabe sei unzulässig.

Bei der Beurteilung der Zurechnung eines Angebotes zu einem bestimmten Bieter komme es auf die Vertretungsbefugnis dessen an, der das Angebot signiert habe. Sollte das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin von Personen gezeichnet worden sein, die nicht zur organschaftlichen Vertretung der "E***" nach außen berufen seien, sondern etwa zur Vertretung einer anderen Konzerngesellschaft der D***-Gruppe, ändere dies nichts an der Zurechnung des Angebotes zur "E***".

Selbst wenn das Angebot der "D*** AG, Dir. IC" zuzurechnen sei, komme ein Zuschlag auf dieses Unternehmen nicht in Betracht, da die "D*** AG, Dir. IC" nicht verlesen worden sei. Ein nicht verlesenes Angebot sei nicht zuschlagsfähig (vgl. BVA 9.4.1997, F-18/96-29). Die Angebotsöffnung sei nicht wiederholbar, dabei gemachte Fehler seien nicht sanierbar (vgl. BVA 25.7.2000, F-8/99-25; VwSlg 16.181 A/2003). Die Verlesung der Angebote anlässlich der Angebotsöffnung dienten der Transparenz und hätten den Zweck, allfälligen Manipulationen vorzubeugen (vgl. VwGH 23.5.2004, 2005/04/0214). Auch die Anmerkung des bei der Angebotsöffnung anwesenden, laut Anwesenheitsliste die "D***" vertretenden, Herrn F***, wonach es sich beim Angebot der "E***" eigentlich um eines der "D***" handle, ändere daran nichts. Herr F*** sei nicht nur mit der Protokollierung einverstanden gewesen, sondern habe die Übereinstimmung der verlesenen Daten mit dem Inhalt des Protokolls ausdrücklich durch seine Unterschrift auf der Anwesenheitsliste bestätigt. Auch der Auftraggeber habe sich nicht veranlasst gesehen, den Bieternamen richtig zu stellen oder den Umstand, es gäbe Zweifel an der Urheberschaft des Angebotes der "E***", zu protokollieren. Die Bieter könnten darauf vertrauen, dass das, was verlesen wurde, Gültigkeit habe und zwar unbeschadet einer allfälligen Haftung des Auftraggebers gegenüber einem durch einen Verlesungsfehler geschädigten Dritten. Selbst wenn das Angebot der "D*** AG, Dir. IC" zuzurechnen sei, komme ein Zuschlag auf dieses Unternehmen nicht in Betracht, da die "D*** AG, Dir. IC" nicht verlesen worden sei. Ein nicht verlesenes Angebot sei nicht zuschlagsfähig (vergleiche BVA 9.4.1997, F-18/96-29). Die Angebotsöffnung sei nicht wiederholbar, dabei gemachte Fehler seien nicht sanierbar (vergleiche BVA 25.7.2000, F-8/99-25; VwSlg 16.181 A/2003). Die Verlesung der Angebote anlässlich der Angebotsöffnung dienten der Transparenz und hätten den Zweck, allfälligen Manipulationen vorzubeugen (vergleiche VwGH 23.5.2004, 2005/04/0214). Auch die Anmerkung des bei der Angebotsöffnung anwesenden, laut Anwesenheitsliste die "D***" vertretenden, Herrn F***, wonach es sich beim Angebot der "E***" eigentlich um eines der "D***" handle, ändere daran nichts. Herr F*** sei nicht nur mit der Protokollierung einverstanden gewesen, sondern habe die Übereinstimmung der verlesenen Daten mit dem Inhalt des Protokolls ausdrücklich durch seine Unterschrift auf der Anwesenheitsliste bestätigt. Auch der Auftraggeber habe sich nicht veranlasst gesehen, den Bieternamen richtig zu stellen oder den Umstand, es gäbe Zweifel an der Urheberschaft des Angebotes der "E***", zu

protokollieren. Die Bieter könnten darauf vertrauen, dass das, was verlesen wurde, Gültigkeit habe und zwar unbeschadet einer allfälligen Haftung des Auftraggebers gegenüber einem durch einen Verlesungsfehler geschädigten Dritten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht identifizierbar. Sowohl die Bemerkung des Herrn F*** als auch seine Funktion als Vertreter der "D***" lasse offen, um welches Unternehmen aus der D***-Gruppe, es sich beim "E***-Angebot" handle. Bei zumindest drei Unternehmen des D***-Konzerns, sei der Name "D***" Bestandteil des Firmennamens, nämlich bei der "D*** AG" mit Sitz in Deutschland sowie bei der "D*** AG" und der "D*** SE", beide jeweils mit Sitz in Österreich. Das Verlesen anlässlich der Angebotsöffnung diene nicht nur der Transparenz im Vergabeverfahren, sondern auch präventiv dem Schutz vor Manipulationen. Sofern das Unterlassen der Verlesung von Angebotsteilen eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermögliche oder erleichtere, sei es für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant und rechtswidrig (vgl. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; 21.12.2004, 2004/04/0100). Der Bieter, dem das Angebot der "E***" zuzurechnen sei, sei nicht eindeutig identifizierbar.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht identifizierbar. Sowohl die Bemerkung des Herrn F*** als auch seine Funktion als Vertreter der "D***" lasse offen, um welches Unternehmen aus der D***-Gruppe, es sich beim "E***-Angebot" handle. Bei zumindest drei Unternehmen des D***-Konzerns, sei der Name "D***" Bestandteil des Firmennamens, nämlich bei der "D*** AG" mit Sitz in Deutschland sowie bei der "D*** AG" und der "D*** SE", beide jeweils mit Sitz in Österreich. Das Verlesen anlässlich der Angebotsöffnung diene nicht nur der Transparenz im Vergabeverfahren, sondern auch präventiv dem Schutz vor Manipulationen. Sofern das Unterlassen der Verlesung von Angebotsteilen eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermögliche oder erleichtere, sei es für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant und rechtswidrig (vgl. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; 21.12.2004, 2004/04/0100). Der Bieter, dem das Angebot der "E***" zuzurechnen sei, sei nicht eindeutig identifizierbar.

Das Unternehmen der in Aussicht genommenen Bestbieterin werde in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung unzureichend und nicht eindeutig bezeichnet. Bei der "D*** AG, Dir. IC" handle es sich um keine existente Firma. Unter dem Namen "D*** AG" gäbe es zumindest zwei verschiedene Rechtsträger, einen davon mit Sitz in Deutschland und den anderen mit Sitz in Österreich. Die "D*** AG" mit Sitz in Österreich verfüge nicht über eine registrierte Geschäftsadresse, wie in der Zuschlagsentscheidung angegeben. Die Geschäftsadresse der "E***" laute hingegen, wie in der Zuschlagsentscheidung angegeben: "XXX". Da bei der Angebotsöffnung von einem Angebot der "E***" die Rede gewesen sei und auch die 1. Zuschlagsentscheidung auf dieses Unternehmen gelautet habe, genüge die in der nun angefochtenen Zuschlagsentscheidung angegebene Bieterbezeichnung nicht den Inhaltserfordernissen gemäß § 131 Abs 1 BVergG.

Das Unternehmen der in Aussicht genommenen Bestbieterin werde in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung unzureichend und nicht eindeutig bezeichnet. Bei der "D*** AG, Dir. IC" handle es sich um keine existente Firma. Unter dem Namen "D*** AG" gäbe es zumindest zwei verschiedene Rechtsträger, einen davon mit Sitz in Deutschland und den anderen mit Sitz in Österreich. Die "D*** AG" mit Sitz in Österreich verfüge nicht über eine registrierte Geschäftsadresse, wie in der Zuschlagsentscheidung angegeben. Die Geschäftsadresse der "E***" laute hingegen, wie in der Zuschlagsentscheidung angegeben: "XXX". Da bei der Angebotsöffnung von einem Angebot der "E***" die Rede gewesen sei und auch die 1. Zuschlagsentscheidung auf dieses Unternehmen gelautet habe, genüge die in der nun angefochtenen Zuschlagsentscheidung angegebene Bieterbezeichnung nicht den Inhaltserfordernissen gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG.

Sowohl der "E***", als auch der "österreichischen" und der "deutschen" "D*** AG" mangle es an der laut Ausschreibung erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit. Laut Angebotsdeckblatt habe der Bieter je zwei (näher spezifizierte) Referenzprojekte aus dem Bereich "Bau" und "Bus" nachzuweisen. Diese Referenzprojekte seien vom Bieter selbst durchzuführen (siehe Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten", Seite 14: "seitens des Bieters (oder der Bietergemeinschaft) [...] erklärt [wird], folgende einschlägige Arbeiten unter den angeführten Bedingungen durchgeführt zu haben"). Damit sei ausgeschlossen, dass sich ein Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf Dritte, also auch auf namhaft gemachte Subunternehmer berufe (vgl. VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043). Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden.

Sowohl der "E***", als auch der "österreichischen" und der "deutschen" "D*** AG" mangle es an der laut Ausschreibung erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit. Laut Angebotsdeckblatt habe der Bieter je zwei (näher spezifizierte) Referenzprojekte aus dem Bereich "Bau" und "Bus" nachzuweisen. Diese Referenzprojekte seien vom Bieter selbst

durchzuführen (siehe Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten", Seite 14: "seitens des Bieters (oder der Bietergemeinschaft) [...] erklärt [wird], folgende einschlägige Arbeiten unter den angeführten Bedingungen durchgeführt zu haben"). Damit sei ausgeschlossen, dass sich ein Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf Dritte, also auch auf namhaft gemachte Subunternehmer berufe vergleiche VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043). Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden.

Weder die "E***", noch eines, der unter der Bezeichnung "D*** AG" firmierenden Unternehmen, verfüge über das ÖVBB-Gütezeichen "Instandsetzungsfachbetrieb". Das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot widerspreche daher auch deshalb der bestandfest gewordenen Ausschreibung und sei gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Weder die "E***", noch eines, der unter der Bezeichnung "D*** AG" firmierenden Unternehmen, verfüge über das ÖVBB-Gütezeichen "Instandsetzungsfachbetrieb". Das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot widerspreche daher auch deshalb der bestandfest gewordenen Ausschreibung und sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Aus den dargestellten Gründen erachte sie sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Sicherstellung eines freien und lauten Wettbewerbs, auf Gleichbehandlung aller Bieter iSv § 19 Abs 1 BVergG, auf Treffen einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines nicht-verlesenen und nicht am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmens, auf Treffen der Zuschlagsentscheidung und - erteilung zu Gunsten ihres eigenen Angebotes, auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, insbesondere auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung und eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und auf Teilnahme an einem rechtskonformen, neuen Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens und des Ausscheidens des Angebotes verletzt. Für den Fall, dass der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung aufrecht erhalte, drohe der Antragstellerin ein Schaden aus Erfüllungsinteresse (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca. EUR XXX, sowie an frustrierten Angebotslegungskosten von ca. EUR XXX. Sie verliere ein notwendiges Referenzprojekt. Sofern das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Aufwand sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen zu müssen. Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Aus den dargestellten Gründen erachte sie sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Sicherstellung eines freien und lauten Wettbewerbs, auf Gleichbehandlung aller Bieter iSv Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, auf Treffen einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines nicht-verlesenen und nicht am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmens, auf Treffen der Zuschlagsentscheidung und - erteilung zu Gunsten ihres eigenen Angebotes, auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, insbesondere auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung und eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und auf Teilnahme an einem rechtskonformen, neuen Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens und des Ausscheidens des Angebotes verletzt. Für den Fall, dass der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung aufrecht erhalte, drohe der Antragstellerin ein Schaden aus Erfüllungsinteresse (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca. EUR römisch 30 , sowie an frustrierten Angebotslegungskosten von ca. EUR römisch 30 . Sie verliere ein notwendiges Referenzprojekt. Sofern das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Aufwand sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen zu müssen.

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 24.8.2011 allgemeine Auskünfte und führte in einem weiteren Schriftsatz vom 30.8.2011 aus, dass für den Auftraggeber kein Zweifel darüber bestehe, dass das Angebot von der D*** AG stamme. Dies ergebe sich eindeutig aus den Angaben auf dem Angebotsdeckblatt, dem Firmenstempel und der angegebenen Adresse. In der Zuschlagsentscheidung sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin (D*** AG) eindeutig identifiziert. Der bei der Angebotsöffnung anwesende Vertreter der D*** AG, Herr DI F***, habe umgehend angemerkt, dass das Angebot zwar von der E*** hochgeladen worden sei, es sich jedoch um ein Angebot der D*** AG handle. Der der Angebotsöffnungskommission als Mitarbeiter der D*** AG persönlich bekannte DI F*** habe keinen Anlass für Zweifel an diesen Angaben gegeben. Eine Möglichkeit zur Manipulation des Vergabeverfahrens habe nicht bestanden.

Die technische Leistungsfähigkeit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls gegeben. Die von ihr angeführten Referenzprojekte würden den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen. Die technische Leistungsfähigkeit könne auch durch die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin genannten Subunternehmer nachgewiesen werden.

Im Zusammenhang mit einer detaillierten Prüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin habe sich herausgestellt, dass das Angebot der Antragstellerin vom Ausscheiden bedroht sei.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin, D*** AG, erhob mit Schriftsatz vom 26.8.2011 begründete Einwendungen. Insbesondere wurde darauf verwiesen, dass ihr Angebot als von der E*** (einem Unternehmen im D***-Konzern) eingebracht bei der Angebotsöffnung verlesen worden sei. Vom für die D*** AG anwesenden DI F*** sei umgehend klargestellt worden, dass es sich um ein Angebot der D*** AG handle. Dieser habe auch im Teilnehmerverzeichnis als Bieter die D*** AG eingetragen. Die E*** sei an keiner Stelle des Angebotes der D*** AG als Bieter geführt. Das Angebot der D*** AG sei lediglich von der E*** übermittelt worden. Ein derartiger Botendienst habe keinen Einfluss auf die Bietereigenschaft. Eine Manipulation bei der Angebotsabgabe habe nicht stattgefunden. Nach der Judikatur fehle es bei einem (auch) unvollständigen Namen für eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an dem notwendigen wesentlichen Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Die Referenzprojekte aus dem Bereich BuS seien durch einen mit dem D*** Konzern verbundenen, im Angebot namhaft gemachten Subunternehmer erbracht worden. Die Auslegung der Antragstellerin, dass Referenzprojekte vom Bieter selbst erbracht werden müssten, sei verfehlt. Für die Leistung des Instandsetzungsfachbetriebes sei ebenfalls ein mit dem Konzern verbundener, im Angebot namhaft gemachter Subunternehmer herangezogen worden. Der Nachprüfungsantrag sei daher abzuweisen.

Im Schriftsatz vom 5.9.2011 hob die Antragstellerin hervor, dass aus den zur Einsicht vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen nicht eindeutig hervorgehe, dass das Angebot 02 der D*** AG zuzurechnen sei. Ein Hochladen eines Angebotes in der AVA-Plattform gehe über eine bloße Botenfunktion hinaus. Lasse sich nicht eindeutig feststellen, von wem ein Angebot stamme, liege im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Judikatur ein nicht verbesserungsfähiger Mangel vor.

Dem Angebotseröffnungsprotokoll komme nach den Bestimmungen des BVergG überragende Funktion zu. Mit der Protokollierung entscheide der Auftraggeber, welche Angaben für das Verfahren rechtserheblich seien. DI F*** habe mit der Unterschrift bestätigt, dass beim Angebot 02 als Bieter die E*** verlesen worden und die Verlesung vollständig sei. Bei der Angebotsöffnung sei nicht eindeutig festgestanden, dass die nunmehrige präsuntive Zuschlagsempfängerin ein Angebot gelegt habe.

Die Zuschlagsentscheidung sei als mangelhaft zu qualifizieren, da die D*** AG an der darin angeführten Adresse keine Geschäftsanschrift habe. Bei einer Zuschlagsentscheidung sei entscheidend, dass erkennbar sei, mit welchem Unternehmen der Auftraggeber den Auftrag abschließen wolle. Außerdem fehle es der präsuntiven Zuschlagsempfängerin an der technischen Leistungsfähigkeit. Der für die Leistung des Instandsetzungsfachbetriebes von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin benannte Subunternehmer verfüge über keine ÖVBB-Zertifizierung für Injektionsarbeiten.

Mit Schriftsatz vom 12.9.2011 legte der Auftraggeber die gegenüber der Antragstellerin getroffene, mit 6.9.2011 datierte Ausscheidensentscheidung vor. Ergänzend wurde vorgebracht, dass nach ständiger Judikatur es der Antragstellerin auf Grund der Ausscheidensentscheidung an der Antragslegitimation fehle. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei deshalb zurück-, in eventu abzuweisen.

Mit Nachprüfungsantrag vom 16.9.2011, protokolliert unter der Aktenzahl N/0091-BVA/07/2011, bekämpfte die Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung vom 6.9.2011. Dieser Nachprüfungsantrag wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 31.10.2011, Zl. N/0091-BVA/07/2011-21, abgewiesen. Auf die diesbezügliche Begründung wird verwiesen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2011, N/0077-BVA/04/2010-8EV).Die Autobahnen- und

Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2011, N/0077-BVA/04/2010-8EV).

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 leg cit, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert des Auftrages beträgt EUR XXX (ohne Ust), das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, leg cit, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert des Auftrages beträgt EUR römisch 30 (ohne Ust), das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 leg cit iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, leg cit in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, B-VG ist sohin gegeben.

II. Zu Spruchpunkt I. römisch zwei. Zu Spruchpunkt römisch eins.

Mit der Entscheidung des Auftraggebers vom 6.9.2011 wurde die Antragstellerin ausgeschieden. Der sich gegen diese Entscheidung richtende Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wurde mit Bescheid vom 31.10.2011, Zl. N/0091-BVA/07/2011-21, vom Bundesvergabeamt abgewiesen. Damit wurde die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers bestätigt. Auf die diesbezügliche Bescheidsbegründung wird verwiesen (VwGH 12.11.2001, 99/10/0137; 23.4.2008, 2007/03/0041).

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen - dies trifft auf die Antragstellerin zu -, nicht schutzwürdig. Ein solcher Bieter kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuschneiden gewesen wären (VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240).

Der Verwaltungsgerichtshof hat darüber hinaus mehrfach dargelegt, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann (vgl. zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232). Der Verwaltungsgerichtshof hat darüber hinaus mehrfach dargelegt, dass für einen Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass dieser Bieter am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann vergleiche zB. VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200). In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnis wurde nicht nur auf die Vorjudikatur verwiesen, sondern auch darauf, dass diese Rechtsansicht nicht zuletzt mit den Ausführungen des Generalanwaltes in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 im Einklang steht, nach denen ein Bieter den Zuschlag nicht erhalten könne, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat (VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232).

Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv § 320 Abs. 1 BVergG zu verneinen (vgl. VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17, N/0002-BVA/04/2011-23 u.v.a.). Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung gemäß den Bestimmungen des BVergG und den hierzu ergangenen Verordnungen für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist - wie der

Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - die Antragslegitimation iSv Paragraph 320, Absatz eins, BVergG zu verneinen vergleiche VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; 27.2.2002, 2000/04/0050; 16.2.2005, 2004/04/0030; ebenso BVA 19.1.2006, 04N-134/05-17, N/0002-BVA/04/2011-23 u.v.a).

Auf Grund des zu Recht erfolgten Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin fehlt es ihr an der Antragslegitimation für den gegenständlichen, sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtenden Nachprüfungsantrag, sodass dieser zurückzuweisen ist (VwGH, 25.1.2011, 2009/04/0302, 20.5.2010, 2007/04/0077).

In der gegebenen Fallkonstellation konnte von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung gemäß § 316 Abs 2 Z 1 BVergG abgesehen werden. Gegenstand des Verfahrens war die Klärung von Rechtsfragen, die auf Grund der Aktenlage geklärt werden konnten (vgl EMRG Valova, Slezak und Slezak, 1.6.2004, 44.925/98; BVA 30.7.2010, N/0059-BVA/04/2010-26). In der gegebenen Fallkonstellation konnte von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG abgesehen werden. Gegenstand des Verfahrens war die Klärung von Rechtsfragen, die auf Grund der Aktenlage geklärt werden konnten vergleiche EMRG Valova, Slezak und Slezak, 1.6.2004, 44.925/98; BVA 30.7.2010, N/0059-BVA/04/2010-26).

III. Zu Spruchpunkt II.:römisch drei. Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt I. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde zurückgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

13.12.2011

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