

TE Verg Bescheid 2011/5/5 N/0033-BVA/09/2011-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.05.2011

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn, Überwachungszentrale Ardning, Leittechnik" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management Gmbh, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2. Mai 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2011, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A9

Pyhrnautobahn, Überwachungszentrale Ardning, Leittechnik" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 2. Mai 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2011, wie folgt entschieden:

Spruch

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

Dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn, Überwachungszentrale Ardning, Leittechnik " den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 2. Mai 2011, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Mai 2011, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Weiters stellte die Antragstellerin Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2011, beim BVA eingelangt am 3. Mai 2011, brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber das gegenständliche Vergabeverfahren als Bauauftrag im Oberschwellenbereich durchführe. Das Verfahren sei im Supplement zum Amtsblatt der EG vom 22. November 2010, L- 481507-Ob19, bekannt gemacht worden. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Einziges Zuschlagskriterium sei der niedrigste Preis. Für die Beurteilung der optionalen Leistungen seien in der Ausschreibung folgende Kriterien festgelegt:

Für die optionalen Leistungen HG 03 100% und für die optionalen Leistungen HG 04/02 50% der angebotenen Summen.

Die Antragstellerin habe frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Gesamtangebotspreis von Euro netto XXXX gelegt. Die für die Zuschlagserteilung vorgesehene Billigstbieterin B*** (im Folgenden B***) habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro XXXX gelegt und die an zweiter Stelle gereichte C*** (im Folgenden C***) ein Angebot zu einem Nettoangebotspreis von Euro XXXX. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereicht. Die Antragstellerin habe frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Gesamtangebotspreis von Euro netto römisch 40 gelegt. Die für die Zuschlagserteilung vorgesehene Billigstbieterin B*** (im Folgenden B***) habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro römisch 40 gelegt und die an zweiter Stelle gereichte C*** (im Folgenden C***) ein Angebot zu einem Nettoangebotspreis von Euro römisch 40 . Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereicht.

Gemäß Punkt B 1.1.23.5 müsse der Bieter nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben sei. Unter Punkt B 00B104C "Personalausstattung" sei u. a. festgelegt, dass mindestens fünf Mitarbeiter mit speziellem Know-how und Erfahrung in den unter Teil B 3 beschriebenen Leistungen nachgewiesen werden müssten. Nach der Branchenkenntnis der Antragstellerin könnten die Nachweise hinsichtlich dieser fünf genannten Mitarbeiter sowohl von B*** als auch von C*** nicht vollständig erbracht worden sein. Bei beiden genannten Firmen hätten in den letzten zwei Jahren große personelle Veränderungen stattgefunden. Gegenständlich verlange der Auftraggeber, dass die Mitarbeiter in den letzten drei Jahren die unter Teil B 3 beschriebenen Leistungen erbracht haben müssten. Der dreijährige Beobachtungszeitraum sei anzuwenden, da beide Firmen schon länger als drei Jahre bestehen würden. Zudem sei der Antragstellerin bekannt, dass B*** zumindest einen diesbezüglich benannten Mitarbeiter per 30.4.2011, also mit Wirkung vor Zuschlagserteilung, gekündigt habe.

Weiters hätten zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Pkt. B 500B104E mindestens zwei Referenzprojekte nachgewiesen werden müssen, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar seien, wobei die Auftragserteilung ab dem 1.1.2000 erfolgt sein müsste. Die Referenzprojekte müssten "Warten" (vorzugsweise aus dem Bereich der Verkehrstechnik) sein und weitere bestimmte Mindestanforderungen erfüllen. Diese Referenzen könnten nach der Branchenkenntnis der Antragstellerin sowohl von B*** als auch von C*** nicht vollständig erbracht worden sein.

Sollte B*** als Referenzprojekt die "Tunnelkette Pack" genannt haben, wäre diese nicht anzuerkennen gewesen, da diese Leistungen zu 100% von der M*** durchgeführt worden seien. Die B*** habe bei diesem Projekt keine der technischen Leistungen erbracht, wie sie im gegenständlichen Projekt gefordert seien.

Sollte die C*** als Referenzprojekt die "A5 Tunnelkette (PPP- Ostregion)" genannt haben, wäre diese Referenz nicht anzuerkennen gewesen, da diese Leistungen zu 100% von der Antragstellerin durchgeführt worden seien. Sollte die C*** weiters als Referenzprojekt die "Überwachungszentrale Kärnten" genannt haben, wäre auch dieses Projekt nicht anzuerkennen, da auch diese Leistungen zu 100% von der Antragstellerin durchgeführt worden seien. Bei den beiden genannten Projekten habe die C*** keine technischen Leistungen erbracht, wie sie gegenständlich gefordert seien.

Gemäß Pkt. B 1.1.11 der Ausschreibungsunterlagen habe die Kalkulation der angebotenen Preise und deren Aufgliederungen den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 idgF unter Berücksichtigung der Festlegungen der Ausschreibung zu entsprechen. Die Antragstellerin vermute aufgrund ihrer eigenen kompetitiven Preisgestaltung, dass sowohl B*** als auch C*** in ihre Kalkulation eine spekulative Preisgestaltung vorgenommen haben könnten.

Die optionalen Leistungen der HG 03 und HG 04 könnten, müssten jedoch vom Auftraggeber nicht vergeben werden. In Anbetracht der verlesenen Angebotsöffnungsergebnisse sei davon auszugehen, dass die B*** und die C*** bei diesen Leistungen einen spekulativen Unterpreis angeboten hätten. Bezüglich der Integration der Tunnelanlagen sei hervorzuheben, dass die Ausführungszeiträume der Anlage Selzthal und BZ Klaus in ferner Zukunft liegen würden (2016-2018). Ob diese Projekte überhaupt zur Ausführung gelangen würden, sei zum heutigen Zeitpunkt nicht absehbar. Dies lasse naturgemäß Spielraum für Spekulationen, wie sie die Antragstellerin bei ihren Kontrahenten nunmehr vermute. Aufgrund der detaillierten Leistungsbeschreibung der Ausschreibung sei es aus Sicht der Antragstellerin nicht möglich, mit diesem Preisniveau die Leistungen ausschreibungskonform zu erbringen.

§ 84 BVergG regle ausdrücklich die Einhaltung aller österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften für Arbeiten, die in Österreich auszuführen seien. Unter Anwendung der aktuellen Kollektivverträge und aller gesetzlichen Zuschläge ohne Zuschlag für Wagnis und Gewinn, ergebe sich ein Mindestlohn für Elektrotechniker von zumindest Euro XXXX pro Stunde.Paragraph 84, BVergG regle ausdrücklich die Einhaltung aller österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften für Arbeiten, die in Österreich auszuführen seien. Unter Anwendung der aktuellen Kollektivverträge und aller gesetzlichen Zuschläge ohne Zuschlag für Wagnis und Gewinn, ergebe sich ein Mindestlohn für Elektrotechniker von zumindest Euro römisch 40 pro Stunde.

Mit E-Mail vom 21. April 2011, der Antragstellerin am gleichen Tag zugegangen, habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** sowie das Ende der Stillhaltefrist (2. Mai 2011, 24.00 Uhr) bekannt gegeben. Demnach betrage die ermittelte Vergabesumme netto Euro XXXX. Die Vorteile des erfolgreichen Angebotes würden sich aus dem günstigsten Gesamtpreis ergeben.Mit E-Mail vom 21. April 2011, der Antragstellerin am gleichen Tag zugegangen, habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** sowie das Ende der Stillhaltefrist (2. Mai 2011, 24.00 Uhr) bekannt gegeben. Demnach betrage die ermittelte Vergabesumme netto Euro römisch 40 . Die Vorteile des erfolgreichen Angebotes würden sich aus dem günstigsten Gesamtpreis ergeben.

Angefochten werde diese Zuschlagsentscheidung. Mit der Zuschlagsentscheidung angefochten werde die - dieser zeitlich vorgelagerte - nicht gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers, die Angebote der B*** und der C*** nicht auszuschneiden. Die Antragstellerin erachte sich durch diese Entscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden von einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebot, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt.

Gegenständlich liege ein Bauauftrag iSd § 4 BVergG vor. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXXX,-- ohne Ust. und liege über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG. Sohin liege ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor.Gegenständlich liege ein Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG vor. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 40 ,-- ohne Ust. und liege über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Sohin liege ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor.

Halte der Auftraggeber seine Entscheidung aufrecht, drohe der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses (Gewinn und Deckungsbeitrag). Der Vertrauensschaden (frustrierte Angebotslegungskosten) belaufe sich auf einen fünfstelligen Eurobetrag. Bei einer Nichtbeauftragung der Antragstellerin würde dieser ein

zusätzlicher Schaden durch den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes entstehen.

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

1. 1.Ziffer eins

Mangelnde technische Leistungsfähigkeit:

1. a)Litera a

Fehlendes Schlüsselpersonal:

Wie bereits dargelegt, würden sowohl B*** als auch C*** seit über drei Jahren bestehen, sodass die geforderten Mitarbeiter über den Zeitraum der letzten drei Jahre vorhanden sein müssten. Dies sei nach den Branchenkenntnissen der Antragstellerin bei den beiden vor ihr gereihten Bietern nicht der Fall. Bereits aus diesem Grund hätten deren Angebote gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschieden werden müssen. Zudem habe B*** einen jener Mitarbeiter, der unter Vorlage entsprechender Eignungsnachweise als Schlüsselpersonal verbindlich zu benennen gewesen sei, vor der Zuschlagsentscheidung mit Wirkung zum 30. April 2011 gekündigt. Dadurch sei die Leistungsfähigkeit der B***, selbst wenn sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bestanden hätte, jedenfalls verloren gegangen. Das Angebot von B*** hätte daher ausgeschieden werden müssen. Wie bereits dargelegt, würden sowohl B*** als auch C*** seit über drei Jahren bestehen, sodass die geforderten Mitarbeiter über den Zeitraum der letzten drei Jahre vorhanden sein müssten. Dies sei nach den Branchenkenntnissen der Antragstellerin bei den beiden vor ihr gereihten Bietern nicht der Fall. Bereits aus diesem Grund hätten deren Angebote gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschieden werden müssen. Zudem habe B*** einen jener Mitarbeiter, der unter Vorlage entsprechender Eignungsnachweise als Schlüsselpersonal verbindlich zu benennen gewesen sei, vor der Zuschlagsentscheidung mit Wirkung zum 30. April 2011 gekündigt. Dadurch sei die Leistungsfähigkeit der B***, selbst wenn sie zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bestanden hätte, jedenfalls verloren gegangen. Das Angebot von B*** hätte daher ausgeschieden werden müssen.

1. b)Litera b

Fehlende Referenzen:

Wie bereits erwähnt, könnten sowohl B*** als auch C*** die in der Ausschreibung geforderten Referenzen nicht nachweisen. Die vermutlich benannten Referenzen seien jeweils vollständig von Subunternehmern erbracht worden. B*** und C*** könnten sich daher nicht auf diese Referenzen berufen. Auch aus diesem Grund hätten deren Angebote gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG ausgeschieden werden müssen. Wie bereits erwähnt, könnten sowohl B*** als auch C*** die in der Ausschreibung geforderten Referenzen nicht nachweisen. Die vermutlich benannten Referenzen seien jeweils vollständig von Subunternehmern erbracht worden. B*** und C*** könnten sich daher nicht auf diese Referenzen berufen. Auch aus diesem Grund hätten deren Angebote gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ausgeschieden werden müssen.

1. 2.Ziffer 2

Spekulative Preisgestaltung:

Die Antragstellerin - gehe wie bereits erwähnt - davon aus, dass sowohl das Angebot der B*** als auch jenes der C*** eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden, da anders deren niedriger Gesamtpreis nicht erklärbar sei. Insbesondere dürften die Preise der C*** für die optional anzubietenden Leistungen spekulativ kalkuliert gewesen sein. Aus diesem Grund hätten die Angebote von B*** und C*** auch gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG ausgeschieden werden müssen. Die Antragstellerin - gehe wie bereits erwähnt - davon aus, dass sowohl das Angebot der B*** als auch jenes der C*** eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden, da anders deren niedriger Gesamtpreis nicht erklärbar sei. Insbesondere dürften die Preise der C*** für die optional anzubietenden Leistungen spekulativ kalkuliert gewesen sein. Aus diesem Grund hätten die Angebote von B*** und C*** auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ausgeschieden werden müssen.

1. 3.Ziffer 3

Nichteinhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften:

Unter Einhaltung aller arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften, insbesondere der anzuwendenden Kollektivverträge, bestehe ein Mindestlohn für Techniker von zumindest Euro XXXX pro Stunde. Aufgrund des niedrigen Angebotspreises der B*** unterstelle die Antragstellerin, dass diese bei ihrer Kalkulation nicht alle arbeits- und sozialrechtlichen

Vorschriften eingehalten habe. Dies könne leicht durch Einblick in die jeweiligen Einheitspreise (ob die in den K3-Blättern angesetzten Lohnkosten sowie die Regiepreise über den anwendbaren Mindestlöhnen liegen) überprüft werden. Daher hätte das Angebot von B*** auch wegen Widerspruchs zur Ausschreibung gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschrieben werden müssen. Unter Einhaltung aller arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften, insbesondere der anzuwendenden Kollektivverträge, bestehe ein Mindestlohn für Techniker von zumindest Euro römisch 40 pro Stunde. Aufgrund des niedrigen Angebotspreises der B*** unterstelle die Antragstellerin, dass diese bei ihrer Kalkulation nicht alle arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften eingehalten habe. Dies könne leicht durch Einblick in die jeweiligen Einheitspreise (ob die in den K3-Blättern angesetzten Lohnkosten sowie die Regiepreise über den anwendbaren Mindestlöhnen liegen) überprüft werden. Daher hätte das Angebot von B*** auch wegen Widerspruchs zur Ausschreibung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschrieben werden müssen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie ihr gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhebe. Da einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillhaltefrist am 2. Mai 2011 ende, hätte der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße ex post Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen, könnten die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen. Eine einstweilige Verfügung sei nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern würden.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch würden die Interessen der beteiligten Bieter und des Auftraggebers überwiegen.

Hinsichtlich des besonderen öffentlichen Interesses sei festzuhalten, dass nach der Judikatur zu diesen besonderen Interessen, die die Erlassung der einstweiligen Verfügung verhindern könnten, vor allem die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtung zählen würden. Öffentliche Interessen bestünden jedoch auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter.

Gegenständlich bestünden im Vergleich zu den Bieterinteressen offensichtlich keine schützenswerten Interessen an der Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter wie Leib und Leben, Gesundheit oder Eigentum. Zwar möge der Ausbau der Überwachungszentrale Ardnig auch der Erhöhung der Verkehrssicherheit dienen, das BVA habe jedoch bei vergleichbaren Vergabeverfahren zu Tunnelsanierungen im hochrangigen Straßennetz festgehalten, dass kein besonderes konkretes öffentliches Interesse an der raschen Zuschlagserteilung bestehe, das der Erlassung einstweiliger Verfügungen entgegen stünde. Der Auftraggeber habe das fehlende Dringlichkeitsinteresse auch dadurch dokumentiert, dass er eine Verfahrensart gewählt habe, welche die längsten Fristen aufweise. Zusätzlich sei auch aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien kein Interesse an der raschen Durchführung der Arbeiten ersichtlich; abgestellt würde lediglich auf den Preis.

Darüber hinaus bestünden keine Auftraggeberinteressen, die durch die Verzögerung geschädigt werden könnten bzw. seien diese nicht beachtlich. Ein gewissenhafter Auftraggeber habe mit der Möglichkeit von Rechtschutzverfahren zu rechnen und die damit einher gehende Zeitverzögerung bei seiner Planung zu berücksichtigen. Dem gegenüber würden die Interessen der Antragstellerin an der Innehaltung des Vergabeverfahrens überwiegen. Die Interessenabwägung müsse nach dem Gesagten zugunsten der Antragstellerin erfolgen.

Mit Schriftsatz vom 5. Mai 2011 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Die Bezeichnung des Vergabeverfahrens laute: "A9 Pyhrnautobahn, Überwachungszentrale Ardnig, Leittechnik". Auftraggeber sei die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien. Vergebende Stelle sei die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, welche das Vergabeverfahren im Vollmachtsnamen der ASFINAG abwickle.

Es handle sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, CPV-Code 45310000, im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens belaufe sich auf insgesamt ca Euro XXXX, der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses (inkl allfälliger Optionen) Euro XXXX. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, CPV-Code 45310000, im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens belaufe sich auf

insgesamt ca Euro römisch 40 , der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses (inkl allfälliger Optionen) Euro römisch 40 . Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Das Verfahren sei in Österreich am 22.11.2010 bekannt gemacht worden, die Versendung der Bekanntmachung nach Luxemburg sei am 22.11.2010 erfolgt. Die Angebotsöffnung habe am 25.1.2011 stattgefunden. Erstgereiht sei das Angebot der B***, zweitgereiht jenes der C***. Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht.

Die Zuschlagsentscheidung sei am 21.4.2011 über die elektronische Vergabepattform ava.onlie an alle Bieter ergangen. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung nahm der Auftraggeber inhaltlich nicht Stellung.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Das Vergabeverfahren wurde österreichweit am 22.11.2010 bekannt gemacht. Die Absendung der EU-weiten Bekanntmachung erfolgte am 22.11.2010. Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um ein Los eines Gesamtvorhabens. Der geschätzte Auftragswert aller Lose belaufe sich auf ca Euro XXXX exkl. USt., jener des verfahrensgegenständlichen Loses (inkl allfälliger Optionen) bei Euro XXXX exkl USt. Das Vergabeverfahren wurde österreichweit am 22.11.2010 bekannt gemacht. Die Absendung der EU-weiten Bekanntmachung erfolgte am 22.11.2010. Bei der ausgeschriebenen Leistung handelt es sich um ein Los eines Gesamtvorhabens. Der geschätzte Auftragswert aller Lose belaufe sich auf ca Euro römisch 40 exkl. USt., jener des verfahrensgegenständlichen Loses (inkl allfälliger Optionen) bei Euro römisch 40 exkl USt.

Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Auftraggeber ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH.

Die Angebotsöffnung fand am 25.1.2011 statt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies einen Angebotspreis ohne USt. in Höhe von Euro XXXX auf. Der Angebotspreis der C*** betrug nette Euro XXXX. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug exkl USt. Euro XXXX. Sie ist somit drittgereiht. Die Angebotsöffnung fand am 25.1.2011 statt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wies einen Angebotspreis ohne USt. in Höhe von Euro römisch 40 auf. Der Angebotspreis der C*** betrug nette Euro römisch 40 . Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug exkl USt. Euro römisch 40 . Sie ist somit drittgereiht.

Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern per E-Mail vom 21.4.2011 übermittelt. Darin wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Die Vergabesumme beträgt Euro XXXX zzgl. USt. Die Stillhaltefrist endete am 2.5.2011, 24.00 Uhr. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern per E-Mail vom 21.4.2011 übermittelt. Darin wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der B***, zu erteilen. Die Vergabesumme beträgt Euro römisch 40 zzgl. USt. Die Stillhaltefrist endete am 2.5.2011, 24.00 Uhr.

Eine Widerrufsentscheidung wurde nicht bekannt gegeben, das Verfahren nicht widerrufen. Der Zuschlag wurde nicht erteilt.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 24.8.2010, N/0056-BVA/14/2010-25 uva). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 24.8.2010, N/0056-BVA/14/2010-25 uva).

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Oberschwellenbereich, jener des verfahrensgegenständlichen Loses bei Euro XXXX exkl USt. Es handelt sich um einen

Bauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert aller Lose des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Oberschwellenbereich, jener des verfahrensgegenständlichen Loses bei Euro römisch 40 exkl USt.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 21.4.2001 2011 per E-Mail bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 2.5.2011 gleichzeitig mit Nachprüfungsanträgen gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Zuschlagsentscheidung wurde am 21.4.2001 2011 per E-Mail bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 2.5.2011 gleichzeitig mit Nachprüfungsanträgen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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

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

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

einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamten 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 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

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 seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. 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 seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die B***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden aus entgangenem Gewinn und Deckungsbeitrag drohe. Auch wären die Kosten für die Angebotslegung sowie für die bisherige Teilnahme am Vergabeverfahren frustriert. Überdies drohe bei Nichterhalt des Auftrages der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Der Auftraggeber gab zur beantragten einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung soll dazu dienen, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungsworker sicher zu stellen.

Der drohende Schaden ist glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan. Es ist evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang bzw Deckungsbeitrag sowie von Aufwendungen für die Angebotserstellung und die Teilnahme am Vergabeverfahren droht. Auch stellt der Verlust eines Referenzprojektes stellt einen Schaden dar, der im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.

Weiters auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Weiters auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen

Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs wurde weder behauptet, noch kann der Senatsvorsitzende eine solche erkennen. So hat etwa die Angebotsprüfung durch den Auftraggeber einen Zeitraum von beinahe drei Monaten in Anspruch genommen (Angebotsöffnung 25.1.2011, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung 21.4.2011). Auch ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar.

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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