

TE Verg Bescheid 2010/12/3 N/0099-BVA/11/2010-8EV

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.12.2010

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" der Auftraggeberin Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, (ASFINAG) 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Alpenstraßen GmbH, 6020 Innsbruck, Rennweg 10a, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25.11.2010 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26.11.2010), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" der Auftraggeberin Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, (ASFINAG) 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Alpenstraßen GmbH, 6020 Innsbruck, Rennweg 10a, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25.11.2010 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26.11.2010), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, wonach der Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Alpenstraßen GmbH, es bei sonstiger Exekution untersagt ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, längstens aber bis 6 Wochen ab Erlassung dieser einstweiligen Verfügung den Zuschlag betreffend das Vergabeverfahren Leitschienensicherheitsausbau 2010 auf der A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße zu erteilen, wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird im Vergabeverfahren "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" bis zum 14.01.2011 die Zuschlagserteilung untersagt.

Begründung

Die Auftraggeberin schrieb das Vergabeverfahren betreffend "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahen, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich aus.

Für den Zuschlag soll das Billigstbieterprinzip gelten. Alternativ - bzw. Abänderungsangebote sind ausgeschlossen. Das Leistungsverzeichnis ist in drei Obergruppen eingeteilt (Obergruppe 1: A 12 Inntalautobahn, Obergruppe 2: A 13 Brennerautobahn sowie Obergruppe 3: S 16 Arlberg Schnellstraße). In jeder dieser Obergruppen findet sich die Leistungsgruppe 23, "Straßenausrüstung". Zu dieser Obergruppe werden die Leitschienen bzw. "Fahrzeugsrückhaltesysteme (FRS)" ausgeschrieben. Die Ausschreibung nimmt Bezug auf die einschlägigen technischen Normen, wie insbesondere RVS 05.02.31 "Anforderung und Aufstellung Verkehrsführung Leiteinrichtung und Rückhaltesysteme" bzw. RVS 08.23.05 "Technische Vertragsbedingungen Straßenausrüstungen Rückhaltesysteme Leitschienen aus Stahl" bzw. ÖNORM EN 1317-1 (Ausgabe 2010-10.01 Rückhaltesysteme an Straßen).

Die Antragstellerin beteiligte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren und wurde mit Telefax vom 19.11.2010 durch die Auftraggeberin dahingehend informiert, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als der Ausschreibung widersprechend auszuscheiden sei. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin begründend ausführt, sie habe das System "Fracasso H2" bzw. "Fracasso H4b" mit der Ergänzung "sh. Liste BMVIT Einsatzfreigaben" geboten. Dem Leistungsverzeichnis sei kein bestimmtes Produkt zu entnehmen gewesen, es sei nicht einmal ein Leitprodukt durch die Auftraggeberin vorgegeben worden. Hätte die Antragstellerin eine Reduktion der Übergangsstücke gefordert, hätte die Auftraggeberin zwingend den bestehenden Bestand, nämlich die bestehenden Voest-Leitschienen, vorgeben müssen. Die Reduktion der Übergangsstücke lasse sich im Hinblick darauf, dass der derzeitige Bestand nahezu ausschließlich aus Voest-Leitschienen bestehe, nur durch die Vorgabe der Voest-Leitschienen als vorgegebenes Produkt im Leistungsverzeichnis bzw zumindest als Leitprodukt mit der Anforderung der Gleichwertigkeit mit hinreichender Deutlichkeit erzielen. Das Leistungsverzeichnis selbst sehe in Summe 65 Übergangsstücke vor. Die Auftraggeberin sei von einem Übergang vom Bestand auf ein anderes System ausgegangen und habe dies auch so ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe entsprechende Übergangsstücke angeboten. Die Antragstellerin beteiligte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren und wurde mit Telefax vom 19.11.2010 durch die Auftraggeberin dahingehend informiert, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als der Ausschreibung widersprechend auszuscheiden sei. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin begründend ausführt, sie habe das System "Fracasso H2" bzw. "Fracasso H4b" mit der Ergänzung "sh. Liste BMVIT Einsatzfreigaben" geboten. Dem Leistungsverzeichnis sei kein bestimmtes Produkt zu entnehmen gewesen, es sei nicht einmal ein Leitprodukt durch die Auftraggeberin vorgegeben worden. Hätte die Antragstellerin eine Reduktion der Übergangsstücke gefordert, hätte die Auftraggeberin zwingend den bestehenden Bestand, nämlich die bestehenden Voest-Leitschienen, vorgeben müssen. Die Reduktion der Übergangsstücke lasse sich im Hinblick darauf, dass der derzeitige Bestand nahezu ausschließlich aus Voest-Leitschienen bestehe, nur durch die Vorgabe der Voest-Leitschienen als vorgegebenes Produkt im Leistungsverzeichnis bzw zumindest als Leitprodukt mit der Anforderung der Gleichwertigkeit mit hinreichender Deutlichkeit erzielen. Das Leistungsverzeichnis selbst sehe in Summe 65 Übergangsstücke vor. Die Auftraggeberin sei von einem Übergang vom Bestand auf ein anderes System ausgegangen und habe dies auch so ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe entsprechende Übergangsstücke angeboten.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin, dass nach "B2 Baubeschreibung" Seite 5, "Systemübergänge unzulässig

wären", ergebe sich dies nicht einmal aus dem Wortlaut. Diese Vorgabe sei weich formuliert und nicht als zwingendes Musskriterium definiert. Es sei die Rede von "möglichst zu vermeiden", ohne dass eine maximale Anzahl der Übergangsstücke bzw. die Sanktion des Ausscheidens definiert werde. Schon dieser Wortlaut spreche gegen die nunmehrige Ausscheidenssanktion. Nach B3, Seite 41 (welcher dem Punkt B2 übergeordnet ist) lasse die Auftraggeberin Übergänge selbst zu. Sie lasse sogar einen Wechsel unterschiedlicher Herstellerprodukte bei der Lieferung und Montage der Leitschienen für den Lückenschluss zu. Nach der Ausschreibung wäre es sogar zulässig, wenn die Antragstellerin unterschiedliche Hersteller angeboten und dadurch in ihrem Angebot einen zusätzlichen Übergang vorgesehen hätte. Die Antragstellerin habe jedoch einheitlich das Produkt Fracasso angeboten, sodass es in ihrem Angebot zu keinem einzigen Übergang gekommen sei und sei sie gerade dadurch der Anforderung gemäß B2 nach einer möglichststen Reduktion an Übergangsstücken nachgekommen. Eine weitere Reduktion der Übergangsstücke sei nicht möglich bzw. erfordere die zwingende Vorgabe des Voest-Bestandproduktes. Systemwechsel vom Bestand zum ausgeschriebenen Lückenschluss seien durch die Ausschreibung systembedingt und der Antragstellerin nicht vorzuhalten.

Die Auftraggeberin habe zu Recht nicht das Voest-Leitschienenprodukt vorgegeben, da die Vorgabe inländischer Produkte gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen würde. Die Antragstellerin sei daher berechtigt gewesen, auch das italienische Leitschienensystem Fracasso anzubieten. Wenn die Auftraggeberin über den Weg der Vorgabe einer möglichen Reduktion der Systemwechsel das Fracasso-Produkt ausschließe, habe dies de facto die Bedeutung, dass ausschließlich das österreichische Voest-Leitschienensystem angeboten werden dürfe. Eine derartige Vorgabe sei jedoch unzulässig, da es sich dabei um eine versteckte Diskriminierung handle. Beide Leitschienensysteme würden die gleiche Sicherheitstechnik bieten und entsprächen den geforderten Normen. Im Hinblick darauf, dass eine Vorgabe eines österreichischen Leitschienensystems eine unzulässige Diskriminierung sei, gebiete auch der Grundsatz der gemeinschaftskonformen und vergaberechtskonformen Auslegung der Ausschreibungsunterlagen, dass B2 in dem Sinn zu verstehen sei, wie die Regelung von der Antragstellerin auch verstanden worden sei.

Die Antragstellerin habe zu Recht das italienische Leitschienensystem Fracasso angeboten. Da das gebotene Leitschienensystem nicht den Ausschreibungsbedingungen widerspreche, sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig.

Die Antragstellerin habe durch die Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag dokumentiert. Im Zusammenhang mit ihrer Angebotslegung seien ihr Kosten in Höhe von EUR 2.000,-- entstanden. Hinzu kämen noch die Kosten der erfolgten rechtlichen Beratung und Vertretung, welche bei rechtswidriger Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber frustriert wären. Das gegenständliche Vergabeverfahren stelle überdies ein wichtiges Referenzprojekt dar, welches für künftige Ausschreibungen genutzt werden könnte.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2010 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 01.12.2010) erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, gab aber darüber hinaus keine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.). Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.).

Nach den Angaben der Auftraggeberin ist das vorliegende Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

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

Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da die Auftraggeberin die Fortsetzung des Vergabeverfahrens plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorginge, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch der Antragstellerin als Billigstbieterin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

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

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

Gemäß § 329 Abs. 4 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

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

Darüber hinaus besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des

Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103- BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008- BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Zuletzt aktualisiert am

27.07.2011

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