

TE Verg Bescheid 2010/9/30 N/0082-BVA/09/2010-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2010

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 Bundesvergabegesetz 2006 idF 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 "A02 Süd Autobahn, Bereich ABM Villach/Zauchen, km 339,15 - 380,86, RFB Wien und Italien, Leitschienensicherheitsprogramm 2010" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. September 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) durch 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 "A02 Süd Autobahn, Bereich ABM Villach/Zauchen, km 339,15 - 380,86, RFB Wien und

Italien, Leitschienen sicherheitsprogramm 2010" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 23. September 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin vom 15.09.2010, der B*** den Zuschlag zu erteilen und ihr den Auftrag zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen zu erteilen, bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die allfällige Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, der B*** den Zuschlag zu erteilen, vorübergehend aussetzen. Der Auftraggeberin möge untersagt werden, der B*** den Zuschlag zu erteilen", wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren " A02 Süd Autobahn, Bereich ABM Villach/Zauchen, km 339,15 - 380,86, RFB Wien und Italien, Leitschienen sicherheitsprogramm 2010" den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

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

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 23. September 2010 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Nichtigerklärung der Entscheidung, das Angebot der B*** nicht auszuschneiden, auf Nichtigerklärung der Entscheidung, die weiteren Angebote, die jenem der Antragstellerin vorangehen, nicht auszuschneiden, auf Nichtigerklärung der Entscheidung, der Antragstellerin den Zuschlag nicht zu erteilen, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren.

Mit Schriftsatz vom 23. September 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die ASFINAG Service GmbH als ausschreibende Stelle im Namen und im Auftrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) eine Ausschreibung für das Leitschienen sicherheitsprogramm 2010 betreffend die A02 Südautobahn, Bereich ABM Villach/ Zauchen, km 339,15 - 380,86, RFB Wien und Italien, als Bauauftrag (§ 4 BVergG) durchführe. Die Bauloslängen würden pro Richtungsfahrbahn jeweils 41,71 km betragen. Die Leistung bestehe im Wesentlichen aus dem Abtrag bestehender Leiteinrichtungen, der Errichtung neuer Randabsicherungen für bestehende Lücken - die eine Länge bis ca. 150 m aufweisen würden - und für Verziehungen gemäß RVS, dem Liefern und Versetzen von Terminals, dem Versetzen von Absenkern und der entsprechenden Einbindung in den Untergrund sowie Nebenarbeiten etc. Mit Schriftsatz vom 23. September 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die ASFINAG Service GmbH als ausschreibende Stelle im Namen und im Auftrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) eine Ausschreibung für das Leitschienen sicherheitsprogramm 2010 betreffend die A02 Südautobahn, Bereich ABM Villach/ Zauchen, km 339,15 - 380,86, RFB Wien und Italien, als Bauauftrag (Paragraph 4, BVergG) durchführe. Die Bauloslängen würden pro Richtungsfahrbahn jeweils 41,71 km betragen. Die Leistung bestehe im Wesentlichen aus dem Abtrag bestehender Leiteinrichtungen, der Errichtung neuer Randabsicherungen für bestehende Lücken - die eine Länge bis ca. 150 m aufweisen würden - und für Verziehungen gemäß RVS, dem Liefern und Versetzen von Terminals, dem Versetzen von Absenkern und der entsprechenden Einbindung in den Untergrund sowie Nebenarbeiten etc.

Als Verfahrensart sei das offene Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG im Unterschwellenbereich (Bauleistungen) gewählt worden. Als Verfahrensart sei das offene Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG im Unterschwellenbereich (Bauleistungen) gewählt worden.

Schon aus dem Titel des Ausschreibungstextes würden sich Ziel und Zweckbestimmung des ausgeschriebenen Vorhabens, nämlich die Erfüllung des Leitschienen sicherheitsprogrammes 2010, ergeben. Dieses Programm solle unter anderem sicherstellen, dass Verkehrsteilnehmer auch im Bereich bisheriger Lücken zwischen einzelnen Randabsicherungen (Leitschienen bzw. Leitwänden) in Hinkunft davor bestmöglich geschützt werden, dass sie von der Fahrbahn abkommen und damit unter Umständen sich oder Dritte tödlichen Gefahren oder auch nur der Gefahr schwerer Sachschäden ausgesetzt werden könnten und dass Umweltschäden vermieden würden. Dabei sei erstens zu

beachten, dass Lücken an sich gefährlich seien, da Fahrzeuge gerade in diesen Lücken von der Fahrbahn abkommen könnten und zweitens, dass verschiedene Systeme nur schwer kompatibel seien und somit die weniger taugliche Variante einer Lückenfüllung darstellen würden. Drittens, dass die Fortführung bestehender Systeme in der Regel die preisgünstigste Art der Sanierung darstelle, verbunden mit der Chance auf größtmögliche Zielerreichung.

Gemäß Pkt. B.2.2. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen seien im Zuge der gegenständlichen Baumaßnahmen insbesondere folgende Leistungen auszuführen: Der Abtrag von bestehenden Leiteinrichtungen (wie zB Leitschienen, Betonleitwände etc), die Errichtung von neuen Randabsicherungen (Leitschienen bzw. Leitwänden) für bestehende Lücken, die eine Länge bis ca. 150 m aufweisen würden, die Herstellung von Verziehungen lt. RVS (Verzug 1:10), das Liefern und Versetzen von Terminals und Anpralldämpfern sowie das Versetzen von Absenkern.

In der Baubeschreibung der Ausschreibung sei unter Pkt. B.2.2. ausdrücklich auf die Geltung unter anderem folgender Umstände hingewiesen:

- -Strichaufzählung
generell sind die Lückenschlüsse mit den angrenzenden Systemen auszuführen - Systemübergänge sind weitestgehend zu vermeiden
- -Strichaufzählung
Lückenschlüsse sind mit dem angrenzenden System der niedrigeren Aufhaltestufe auszuführen, es ist jedoch mindestens die Rückhaltestufe H1 zu versetzen...
- -Strichaufzählung
die letztgültige RVS 05.02.31 und die ÖNORM ENV 1317 sind

zwingend einzuhalten.....

In den in der Ausschreibung als zwingend normierten ENV 1317 sei in Punkt 4.2.3.3 (Übergangsvorschriften) ausgeführt:

"Übergangskonstruktionen verbinden FRS unterschiedlicher Bauart und/oder Funktionsweise. Systemwechsel und damit verbundene Übergangskonstruktionen sind möglichst zu vermeiden."

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB seien auch im Vergaberecht anzuwenden. Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB seien auch im Vergaberecht anzuwenden.

Ausschreibungsunterlagen seien nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Systemwechsel (=Systemübergänge bzw. Übergangskonstruktionen) würden sich naturgemäß dann ergeben, wenn bereits vor und nach einer Lücke Systeme verschiedener Art bzw. Funktion bestehen würden. Überall dort, wo gleiche Systeme an beiden Seiten einer Lücke bestünden, bedürfe es daher auch keiner Systemübergänge. Nach der Ausschreibung dürften Systemübergänge daher in diesen Fällen auch nicht vorgenommen werden. Der Auftraggeber dürfe Angebote daher nicht berücksichtigen, wenn sie gegen dieses Gebot verstoßen würden.

Im LV der Ausschreibung seien unter Pos. 230160A 20 Stück Übergänge auf eine Leitschiene aus Stahl vorgesehen. In der Natur bestünden auf der ausschreibungsgegenständlichen Strecke insgesamt rund 200 Übergänge, bei denen die Antragstellerin beidseitig ihr System (vakf 2H1) bereits versetzt und geliefert habe. Würde ein Dritter diese Lücken schließen, wäre damit zwangsläufig ein Systemwechsel verbunden, obwohl dieser nach der Ausschreibung vermeidbar und damit verboten sei. Damit verbunden seien überdies wesentlich höhere Gesamtbaukosten, da diese Position mit 200 Stück mal dem Einheitspreis verrechnet würde.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und am 10. August 2010 ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro XXXX gelegt. Am Vergabeverfahren habe sich unter anderem auch die B*** beteiligt und ein Angebot zu einem Preis von Euro XXXX gelegt. Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und am 10. August 2010 ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro römisch 40 gelegt. Am Vergabeverfahren habe sich unter anderem auch die B*** beteiligt und ein Angebot zu einem Preis von Euro römisch 40 gelegt.

Mit Telefax vom 15. September 2010 habe die ausschreibende Stelle der Antragstellerin mitgeteilt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die B*** als Bestbieter ermittelt worden sei und beabsichtigt sei, dieser den Zuschlag zu erteilen.

Das Interesse der Antragstellerin am Abschluss des Vertrages ergebe sich schon aus der frist- und formgerechten Legung eines Angebotes. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens müsste der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden, zumal alle Angebote mit niedrigeren Preisen ausgeschieden werden hätten müssen. Die Antragstellerin könnte im Fall der Zuschlagserteilung einen angemessenen Gewinn erzielen.

Falls der Zuschlag nicht der Antragstellerin erteilt würde, entstünde ihr durch die Nichtdurchführung des Auftrages ein Schaden dadurch, dass sie nicht in der Lage wäre, den Gewinn bzw. den Deckungsbeitrag einschließlich der Regiegemeinkosten aus dem Auftrag zu lukrieren. Die Antragstellerin habe für den Fall, dass ihr der Zuschlag bzw. der Auftrag nicht erteilt würde, keine Möglichkeit, die dafür bereits vorgesehenen Arbeitnehmer und Maschinen sowie Geräte etc. anderwertig einzusetzen. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein weiterer Schaden insofern, als das Material, welches im Zuge eines Unfalles beschädigt werde, nicht von der Antragstellerin ausgetauscht werden könnte, sofern es sich um ein Fremdprodukt handle. Schließlich wäre die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Anbotslegung einschließlich der Rechtsberatungskosten für die Vertretung vor den Vergabekontrollinstanzen frustriert wären. Dieser Schaden sei mit rund Euro XXXX zzgl. Ust. und den Verfahrensgebühren zu bewerten. Die Antragstellerin sei ein weltweit bekanntes Unternehmen, das sich im harten Konkurrenzkampf gegenüber den Mitbewerbern behaupten müsse. Ein wesentlicher Faktor dafür sei die Möglichkeit, entsprechende Referenzen vorzuweisen. Der Schaden der Antragstellerin liege daher auch im allgemeinen Interesse, einen öffentlichen Auftrag im Bereich der Stahlleitschienen zu erlangen. Falls der Zuschlag nicht der Antragstellerin erteilt würde, entstünde ihr durch die Nichtdurchführung des Auftrages ein Schaden dadurch, dass sie nicht in der Lage wäre, den Gewinn bzw. den Deckungsbeitrag einschließlich der Regiegemeinkosten aus dem Auftrag zu lukrieren. Die Antragstellerin habe für den Fall, dass ihr der Zuschlag bzw. der Auftrag nicht erteilt würde, keine Möglichkeit, die dafür bereits vorgesehenen Arbeitnehmer und Maschinen sowie Geräte etc. anderwertig einzusetzen. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein weiterer Schaden insofern, als das Material, welches im Zuge eines Unfalles beschädigt werde, nicht von der Antragstellerin ausgetauscht werden könnte, sofern es sich um ein Fremdprodukt handle. Schließlich wäre die Antragstellerin auch insofern geschädigt, als die Kosten der Anbotslegung einschließlich der Rechtsberatungskosten für die Vertretung vor den Vergabekontrollinstanzen frustriert wären. Dieser Schaden sei mit rund Euro römisch 40 zzgl. Ust. und den Verfahrensgebühren zu bewerten. Die Antragstellerin sei ein weltweit bekanntes Unternehmen, das sich im harten Konkurrenzkampf gegenüber den Mitbewerbern behaupten müsse. Ein wesentlicher Faktor dafür sei die Möglichkeit, entsprechende Referenzen vorzuweisen. Der Schaden der Antragstellerin liege daher auch im allgemeinen Interesse, einen öffentlichen Auftrag im Bereich der Stahlleitschienen zu erlangen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2010 und durch die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der B*** sowie die weiteren dem Angebot der Antragstellerin vorangehenden Angebote nicht auszuschneiden, in ihrem Recht auf ein faires Vergabeverfahren, insbesondere auch auf Gleichbehandlung mit den anderen Bietern, verletzt. Die (rechtswidrige) Unterlassung des Ausscheidens von Angeboten könne mit der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden.

Gemäß § 21 BVergG seien Aufträge über Leistungen nach einem im BVergG vorgesehenem Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben. Die Verpflichtung des Auftraggebers, Angebote von Bietern auszuschneiden, auf welche die Bestimmungen des § 129 BVergG zutreffen würden, sei eine objektive Rechtspflicht, auf deren Einhaltung jene Bieter ein subjektives Recht hätten, die bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens Chance auf Erteilung des Zuschlags hätten. Gemäß Paragraph 21, BVergG seien Aufträge über Leistungen nach einem im BVergG vorgesehenem Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu vergeben. Die Verpflichtung des Auftraggebers, Angebote

von Bietern auszuschneiden, auf welche die Bestimmungen des Paragraph 129, BVergG zutreffen würden, sei eine objektive Rechtspflicht, auf deren Einhaltung jene Bieter ein subjektives Recht hätten, die bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens Chance auf Erteilung des Zuschlags hätten.

Die Auftraggeberin hätte das Angebot der B*** und die weiteren dem Angebot der Antragstellerin vorangehenden Angebote ausscheiden müssen, weil diese gegen die Ausschreibungsbedingungen verstoßen würden. Die Antragstellerin erachte sich sohin auch darin verletzt, dass die Auftraggeberin entschieden habe, die B*** und die weiteren der Antragstellerin vorangehenden Angebote nicht auszuschneiden und die Entscheidung getroffen habe, der B*** den Zuschlag zu erteilen. Mit der angefochtenen Entscheidung sei die Antragstellerin daher auch in ihrem Recht gemäß § 130 Abs 1 BVergG auf Erteilung bzw. auf Erhalt des Zuschlages als Bestbieterin verletzt, da das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Ausschreibungsbedingungen das Bestangebot gewesen sei, dem der Zuschlag erteilt werden hätte müssen. Die Auftraggeberin hätte das Angebot der B*** und die weiteren dem Angebot der Antragstellerin vorangehenden Angebote ausscheiden müssen, weil diese gegen die Ausschreibungsbedingungen verstoßen würden. Die Antragstellerin erachte sich sohin auch darin verletzt, dass die Auftraggeberin entschieden habe, die B*** und die weiteren der Antragstellerin vorangehenden Angebote nicht auszuschneiden und die Entscheidung getroffen habe, der B*** den Zuschlag zu erteilen. Mit der angefochtenen Entscheidung sei die Antragstellerin daher auch in ihrem Recht gemäß Paragraph 130, Absatz eins, BVergG auf Erteilung bzw. auf Erhalt des Zuschlages als Bestbieterin verletzt, da das Angebot der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Ausschreibungsbedingungen das Bestangebot gewesen sei, dem der Zuschlag erteilt werden hätte müssen.

Das Angebot der C*** (Anm.: gemeint wohl B***) widerspreche in mehreren Punkten den Ausschreibungsbestimmungen: Das Angebot der C*** Anmerkung, gemeint wohl B***) widerspreche in mehreren Punkten den Ausschreibungsbestimmungen:

Das Angebot der B*** weise eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Insbesondere sei die Preisgestaltung spekulativ. Dies ergebe sich nicht zuletzt daraus, dass die geschätzte Auftragssumme Euro XXXX betrage und der Angebotspreis der B*** mit Euro XXXX damit rund 36% unter den Schätzkosten der Auftraggeberin liege. Am Umfang des ausgeschriebenen Projektes gegenüber der Schätzung habe sich nichts geändert. Kein Auftragnehmer könne den angemessenen Preis um rund 36% unterschreiten, ohne damit einen offenkundigen Verlust in Kauf zu nehmen, sofern nicht erhebliche Gründe vorliegen würden, die eine derartige Unterschreitung eines angemessenen Preises rechtfertigen würden. Das Angebot der B*** wäre daher auszuschneiden gewesen. Auch die anderen dem Angebot der Antragstellerin vorangehenden Angebote würden einen nicht plausiblen Preis aufweisen. Das Angebot der B*** weise eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Insbesondere sei die Preisgestaltung spekulativ. Dies ergebe sich nicht zuletzt daraus, dass die geschätzte Auftragssumme Euro römisch 40 betrage und der Angebotspreis der B*** mit Euro römisch 40 damit rund 36% unter den Schätzkosten der Auftraggeberin liege. Am Umfang des ausgeschriebenen Projektes gegenüber der Schätzung habe sich nichts geändert. Kein Auftragnehmer könne den angemessenen Preis um rund 36% unterschreiten, ohne damit einen offenkundigen Verlust in Kauf zu nehmen, sofern nicht erhebliche Gründe vorliegen würden, die eine derartige Unterschreitung eines angemessenen Preises rechtfertigen würden. Das Angebot der B*** wäre daher auszuschneiden gewesen. Auch die anderen dem Angebot der Antragstellerin vorangehenden Angebote würden einen nicht plausiblen Preis aufweisen.

Nach den zwingenden Bestimmungen der Ausschreibung und der RVS sowie der ENV 1317 seien die Lückenschlüsse mit den angrenzenden Systemen auszuführen. Systemübergänge seien weitestgehend zu vermeiden. Die letztgültige RVS 05.02.31 und die ÖNORM ENV 1317 seien zwingend einzuhalten. Das Angebot der B*** verstoße gegen die Ausschreibungsbedingungen, da es zwingend bewirke, dass zahllose Systemübergänge verschiedener Leitschienensysteme hergestellt würden, die alle samt vermeidbar seien. Die Abweichung von den in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen stelle eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens dar.

Die obigen Argumente würden auch für alle anderen der Antragstellerin vorgereichten Unternehmen bzw. jene Unternehmen gelten, deren Angebot rein preislich besser liege als jenes der Antragstellern, zumal keines der anderen Unternehmen jene Produkte angeboten habe, welche die Antragstellerin an den bestehenden Übergangsbereichen bereits vor Jahren montiert habe. Die Übergangsbereiche könnten daher nur von der Antragstellerin der Ausschreibung entsprechend unter Vermeidung von Systemübergängen geschlossen werden, nicht aber von den anderen Bietern, da auch diese nicht das Leitschienensystem der Antragstellerin verwenden würden. Alle diese Unternehmen müssten daher ebenfalls ausgeschieden werden.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf ihr vorstehendes Vorbringen und brachte zusammengefasst ergänzend vor, dass dem Interesse der Antragstellerin auf einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens kein annähernd gleichwertiges Interesse der Auftraggeberin an einer zügigen Fortführung des Vergabeverfahrens entgegen stünde.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 27. September 2010 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab die Auftraggeberin keine Stellungnahme ab.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Auftrag wurde am 19. Juli 2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens (inkl. allfälliger Optionen) beläuft sich laut Angaben der Auftraggeberin auf Euro XXXX (ohne USt.). Der gegenständliche Auftrag wurde am 19. Juli 2010 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens (inkl. allfälliger Optionen) beläuft sich laut Angaben der Auftraggeberin auf Euro römisch 40 (ohne USt.).

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

Auftraggeber ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Service GmbH, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden.

Die Angebotsöffnung fand am 10. August 2010 statt. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wies einen Angebotspreis in Höhe von Euro XXXX (ohne USt.) auf. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug Euro XXXX (ohne USt.). Die Angebotsöffnung fand am 10. August 2010 statt. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wies einen Angebotspreis in Höhe von Euro römisch 40 (ohne USt.) auf. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug Euro römisch 40 (ohne USt.).

Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** wurde den Bietern seitens der vergebenden Stelle per Telefax vom 15. September 2010 übermittelt.

Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Eine Widerrufsentscheidung wurde nicht bekannt gegeben, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Rechtliche Würdigung:

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

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

Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens (inkl. allfälliger Optionen) beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro XXXX (exkl. USt.). Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren zunächst davon aus, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handelt. Es handelt sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens (inkl. allfälliger Optionen) beträgt nach den Angaben des Auftraggebers Euro römisch 40 (exkl. USt.). Das Bundesvergabeamt geht im Provisorialverfahren zunächst davon aus, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handelt.

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.

Es ist weder ein Widerruf erfolgt, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Das Bundesvergabeamt ist daher 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 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.

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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, mit 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, mit 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 nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag an die B***, zu erteilen. Die Zuschlagserteilung 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 vorläufige 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 spätere

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 nach Ablauf der Stillhaltefrist beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag an die B***, zu erteilen. Die Zuschlagserteilung 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 vorläufige 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 spätere allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden sowie eine Minderauslastung ihres Personals und der Verlust eines Referenzprojektes drohen würden. Zudem seien die Kosten der Angebotserstellung frustriert und bereits Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung angefallen. Der Auftraggeber gab zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

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

Der drohende Schaden ist glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz entsprechenden Art und Weise getan.

Im gegebenen Zusammenhang ist auch 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.). Im gegebenen Zusammenhang ist auch 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 oder ein besonderes öffentliches Interesse, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden weder vorgebracht noch sind dem Senatsvorsitzenden solche Umstände 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 mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Hinsichtlich der Abweisung des Antrages auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist.

Zuletzt aktualisiert am

23.11.2010

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