

TE Verg Bescheid 2009/10/7 N/0093-BVA/09/2009-EV36

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.10.2009

Norm

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, betreffend das Vergabeverfahren "A 9 Phyrn Autobahn, Bosrucktunnel 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, gemäß § 329 Abs 3 BVergG wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, betreffend das Vergabeverfahren "A 9 Phyrn Autobahn, Bosrucktunnel 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG wie folgt entschieden:

Spruch

Die einstweilige Verfügung des Bundesvergabeamtes vom 1. September 2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, wird von Amts wegen erstreckt.

Dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist es für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "A 9 Phyrn Autobahn, Bosrucktunnel 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs 3 BVergGBegründung Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 3, BVergGBegründung

Begründung

Mit Schriftsatz vom 25.8.2009 brachte die Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung ein. Gleichzeitig stellte sie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages für längstens 6 Wochen ab Antragstellung untersagt werden solle.

Die Anträge wurden im Wesentlichen damit begründet, dass es sich gegenständlich um Bauleistungen handle, die im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich vergeben werden sollen. Die Angebotsfrist habe nach entsprechenden Verlängerungen am 19. Mai 2009 geendet. Die Angebotsöffnung habe am 19. Mai 2009 stattgefunden. Die Angebotsöffnung habe folgende Reihung ergeben:

1. 1.Ziffer eins
B*** Euro XXXXB*** Euro römisch 40
2. 2.Ziffer 2
C*** Euro XXXXC*** Euro römisch 40
3. 3.Ziffer 3
A*** Euro XXXXA*** Euro römisch 40
4. 4.Ziffer 4
D*** Euro XXXXD*** Euro römisch 40

Mit Telefax vom 13. August 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft B*** zu erteilen.

Bei rechtskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens wäre nach Ansicht der Antragstellerin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen. Da nach Ansicht der Antragstellerin auch dem Angebot der zweitgereihten Bietergemeinschaft der Zuschlag nicht erteilt werden könne, hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Antragstellerin treffen müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei sohin rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Jedenfalls aber könne der angebotene Gesamtpreis keinesfalls plausibel zusammengesetzt sein, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden wäre. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Jedenfalls aber könne der angebotene Gesamtpreis keinesfalls plausibel zusammengesetzt sein, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden wäre.

Der Auftraggeber hätte gemäß § 125 BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. Eine solche sei jedoch entweder gar nicht oder lediglich mangelhaft und damit gesetzwidrig durchgeführt worden. Der Auftraggeber hätte gemäß Paragraph 125, BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. Eine solche sei jedoch entweder gar nicht oder lediglich mangelhaft und damit gesetzwidrig durchgeführt worden.

Die Antragstellerin habe ihren Angebotspreis den Vorgaben der Ausschreibung und den gesetzlichen Vorgaben entsprechend kalkuliert. Die Antragstellerin habe die angebotenen Preise nur deshalb so günstig kalkulieren können, da sie sämtliche Spielräume ausgenutzt habe und Wagnis und Gewinn minimiert worden seien. Dennoch unterschreite der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jenen der Antragstellerin um ca. 20%. Dieser Unterschied sei für die Antragstellerin nur dadurch erklärbar, dass im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entweder nicht alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien oder aber nicht dem Markt entsprechende Preis angesetzt worden seien. Es sei von der Unplausibilität des Gesamtpreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszugehen.

Die Antragstellerin vermute, dass hinsichtlich folgender Leistungsteile unter Umständen Aufklärungs- und Erörterungsbedarf bestehe:

1. 1.Ziffer eins
Leistungsgruppe 18 98 "Transporte, Materialverwertung, Entsorgung":
Nach diesen Positionen würde die Materialverfuhr innerhalb bzw. außerhalb des Baustellenbereichs vergütet, soweit solche Leistungen in anderen Positionen für den Abbruch, Aushub oder die Lieferung nicht enthalten

seien. Gesondert vergütet würde die Verwertung bzw. Deponierung/Entsorgung des Materials.

Erhebliche Anteile des Aushubmaterials (ca. 200.000 t) seien in Reststoffdeponien zu entsorgen. Reststoffdeponien seien entsprechend teuer. Vor allem angesichts der Transportwege würden kaufmännisch sinnvoll lediglich Standorte im Umkreis des Tunnels in Betracht kommen. Gemäß Pkt. 8.3.2.12 des Teils B.8 seien in dem Angebot die vorgesehenen Deponiestandorte zu benennen gewesen. Bereits angesichts des Anteils der Leistungsgruppe 18 98 am Gesamtvolumen seien die Preise der Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die konkret ausgeschriebenen Leistungen und die von der Zuschlagsempfängerin benannten Deponiestandorte zu hinterfragen. Es liege die Vermutung nahe, dass nicht dem Markt entsprechende und wohl auch nicht aufklärbare Einheitspreise kalkuliert worden seien.

1. 2.Ziffer 2

Eine Bauzeitverkürzung könne nur dann angeboten werden, wenn Arbeitsvorgänge (z.B. Ausbruch und Betonauskleidung) gleichzeitig erfolgen würden. Diese "Gleichzeitigkeiten" würden allerdings Mehrkosten verursachen, womit die mit einer allfälligen Bauzeitverkürzung verbundenen Einsparungen von "zeitgebundenen" Kosten wieder verloren gehen würden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eine Verkürzung der Bauzeit (von insgesamt 1492 Kalendertagen) um 120 Kalendertage angeboten. Schon allein daraus müsse der Schluss gezogen werden, dass mit nicht realistischen Vortriebsleistungen kalkuliert worden sei oder aber, dass die für die Bauzeitverkürzung notwendige Forcierung der Arbeiten in der Preisbildung nicht berücksichtigt worden sei.

1. 3.Ziffer 3

Bei jedem Tunnelprojekt habe die Kalkulation von Stützmitteln einen wesentlichen Stellenwert. Der erheblich niedrigere Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lasse vermuten, dass unter Umständen unter den Marktpreisen liegende Materialpreise angesetzt worden seien. Auch angesichts der Höhe der Betonkosten sei fraglich, ob für diesen Bereich marktübliche Preise veranschlagt worden seien.

Gemäß Pkt. 8.3.2.15 des Teil B.8 sei der Datenträger gem. B1 bei sonstigem Ausscheiden innerhalb von sieben Kalendertagen ab Aufforderung abzugeben. Nach Pkt. 1.2011 des Teils B.1 seien auf einem Datenträger sämtliche Angebotsunterlagen auch in digitaler Form (pdf) abzugeben. Angesichts der speziellen Aufforderung des Auftraggebers müsse vermutet werden, dass andere Bieter und allenfalls auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Punkt 1.2011 des Teiles B.1 entsprechende Datenträger abgegeben hätten. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Gemäß Pkt. 8.3.2.15 des Teil B.8 sei der Datenträger gem. B1 bei sonstigem Ausscheiden innerhalb von sieben Kalendertagen ab Aufforderung abzugeben. Nach Pkt. 1.2011 des Teils B.1 seien auf einem Datenträger sämtliche Angebotsunterlagen auch in digitaler Form (pdf) abzugeben. Angesichts der speziellen Aufforderung des Auftraggebers müsse vermutet werden, dass andere Bieter und allenfalls auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Punkt 1.2011 des Teiles B.1 entsprechende Datenträger abgegeben hätten. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden.

Wie oben dargelegt, sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden. Auch das Angebot der zweitgereihten Mitbewerberin sei in wesentlichen Punkten mangelhaft und auszuscheiden. Der Zuschlag sei somit dem Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Die Antragstellerin erachte sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 13.8.2009 in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, Ausscheidung der Angebote der erst- und zweitgereihten Bieter und Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, verletzt.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen könne. Dem Nachprüfungsantrag komme jedoch keine aufschiebende Wirkung zu. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße Feststellung der fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen würden die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe ein allfälliges besonderes Interesse des Auftraggebers nicht entgegen. Eine einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Zwar solle durch die ausgeschriebenen Bauleistungen die Verkehrssicherheit erhöht werden, daraus ergebe sich jedoch kein Überwiegen eines öffentlichen Interesses. Im

konkreten Fall würde keine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum vorliegen. Demgegenüber drohe durch die bevorstehende Zuschlagserteilung eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin. Eine allfällige zeitliche Verzögerung der Auftragsdurchführung sei kein Hindernis für die Erlassung der einstweiligen Verfügung. Zudem habe der Auftraggeber kein beschleunigtes Vergabeverfahren durchgeführt, sodass der Auftraggeber selbst offensichtlich nicht von einer besonderen Dringlichkeit der Auftragsdurchführung ausgegangen sei. Die Interessensabwägung hätte zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Bei der von der Antragstellerin beantragten vorläufigen Maßnahme handle es sich um das erforderliche, geeignete und gelindeste zur Verfügung stehende Mittel.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Erhalt des Auftrages. Sie erleide durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages samt entgangenem Gewinn. Bereits angefallen seien Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie für die rechtsfreundliche Beratung. Außerdem würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Mit Schriftsatz vom 28. August 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 19.5.2009 erfolgt. Mit Schriftsatz vom 28. August 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro römisch 40. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsöffnung sei am 19.5.2009 erfolgt.

Mit Telefax vom 13. August 2009 sei den Bietern die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden. Weder sei eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch das Verfahren widerrufen worden. Eine Zuschlagserteilung sei nicht erfolgt.

Der Auftraggeber sprach sich nicht gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009- EV9, wurde dem Auftraggeber bis längstens 7.10.2009 untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Mit Mitteilung des Auftraggebers vom 10.9.2009 wurde die Antragstellerin davon in Kenntnis gesetzt, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 3 und 7 sowie Abs 2 BVergG ausgeschieden worden sei. Mit Mitteilung des Auftraggebers vom 10.9.2009 wurde die Antragstellerin davon in Kenntnis gesetzt, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 sowie Absatz 2, BVergG ausgeschieden worden sei.

Mit Schriftsatz vom 23.9.2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24.9.2009, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes. Dieser Nachprüfungsantrag wurde beim Bundesvergabeamt am 24.9.2009 unter der GZ N/0102-BVA/09/2009 protokolliert (Anm: Die Nachprüfungsverfahren zu GZ N/0093-BVA/09/2009 und N/0102- BVA/09/2009 werden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden). Mit Schriftsatz vom 23.9.2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24.9.2009, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes. Dieser Nachprüfungsantrag wurde beim Bundesvergabeamt am 24.9.2009 unter der GZ N/0102-BVA/09/2009 protokolliert Anmerkung, Die Nachprüfungsverfahren zu GZ N/0093-BVA/09/2009 und N/0102- BVA/09/2009 werden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden).

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche dieses 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche dieses 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Die vorläufige Sicherungsmaßnahme (Anm: Untersagung der Zuschlagserteilung) vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, wurde - dem Begehren der Antragstellerin entsprechend - mit der Dauer des

Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 7. Oktober 2009, befristet. Die vorläufige Sicherungsmaßnahme (Anmerkung, Untersagung der Zuschlagserteilung) vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, wurde - dem Begehren der Antragstellerin entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 7. Oktober 2009, befristet.

Gemäß § 329 Abs 3 4. Satz leg cit hat das Bundesvergabeamt 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 3, 4. Satz leg cit hat das Bundesvergabeamt 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.

Aufgrund der Chronologie des Verfahrensablaufes (Prüfung des Angebotes der Antragstellerin durch den Auftraggeber erst nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und somit während des unter GZ N/0093-BVA/09/2009 anhängigen Nachprüfungsverfahrens, dem nachträglichen Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin mit Mitteilung des Auftraggebers vom 10.9.2009, Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung des Ausscheidens ihres Angebotes an das Bundesvergabeamt am 24.9.2009, sowie der gegenständlich vorzunehmenden zweckmäßigen Verbindung der Nachprüfungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung) konnte das Nachprüfungsverfahren zu GZ N/0093-BVA/09/2009 nicht bis zum 7. Oktober 2009 abgeschlossen werden. Die Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 1.9.2009, GZ N/0093-BVA/09/2009-EV9, geführt haben, bestehen jedoch fort. Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen zu erstrecken.

Zuletzt aktualisiert am

19.01.2011

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