

TE Verg Bescheid 2009/9/16 N/0082-BVA/11/2009-18EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.09.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs3

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 durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A1 - Sanierung und Erweiterung der Beleuchtung an den Raststationen Ansfelden Nord und Süd" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz: ASFINAG), welche die ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3 im Sinne des § 1007 ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln gemäß § 329 Bundesvergabegesetz (BVergG) wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A1 - Sanierung und Erweiterung der Beleuchtung an den Raststationen Ansfelden Nord und Süd" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz: ASFINAG), welche die ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3 im Sinne des Paragraph 1007, ABGB unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln gemäß Paragraph 329, Bundesvergabegesetz (BVergG) wie folgt entschieden:

Spruch

Die einstweilige Verfügung vom 10. August 2009, GZ N/0082- BVA/11/2009-EV8, wird von Amts wegen erstreckt: Die Zuschlagsentscheidung wird bis zum 5. Oktober 2009, ausgesetzt und der Auftraggeberin bis zum selben Datum untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, stellte beim Bundesvergabeamt mit Schriftsatz vom 4. August 2009 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28. Juli 2009 im Vergabeverfahren "A1 - Sanierung und Erweiterung der Beleuchtung an den Raststationen Ansfelden Nord und Süd" der Auftraggeberin ASFINAG. Gleichzeitig stellte sie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt und der Auftraggeberin untersagt werden soll, den Zuschlag zu erteilen. Diese

Anträge wurden im Wesentlichen damit begründet, dass beim gegenständlichen Bauauftrag Alternativ- sowie Abänderungsangebote nicht zugelassen wären. Hinsichtlich anzubietender Leuchten werde im Leistungsverzeichnis festgelegt, dass im Fall, dass andere als die im Leistungsverzeichnis genannten Leitprodukte verwendet werden würden, die Gleichwertigkeit geänderter Fabrikate bei der Angebotsabgabe nachgewiesen werden müsste. Aufgrund der Branchenkenntnis der Antragstellerin gehe diese davon aus, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin nicht in sämtlichen Positionen das Leitprodukt, sondern ein nicht gleichwertiges anderes Produkt angeboten habe, ohne die Gleichwertigkeit ordnungsgemäß nachzuweisen. Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin sei somit gemäß § 29 Abs. 1 Z 7 BVergG als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden. Eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin sei somit rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären. Die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, stellte beim Bundesvergabeamt mit Schriftsatz vom 4. August 2009 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 28. Juli 2009 im Vergabeverfahren "A1 - Sanierung und Erweiterung der Beleuchtung an den Raststationen Ansfelden Nord und Süd" der Auftraggeberin ASFINAG. Gleichzeitig stellte sie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt und der Auftraggeberin untersagt werden soll, den Zuschlag zu erteilen. Diese Anträge wurden im Wesentlichen damit begründet, dass beim gegenständlichen Bauauftrag Alternativ- sowie Abänderungsangebote nicht zugelassen wären. Hinsichtlich anzubietender Leuchten werde im Leistungsverzeichnis festgelegt, dass im Fall, dass andere als die im Leistungsverzeichnis genannten Leitprodukte verwendet werden würden, die Gleichwertigkeit geänderter Fabrikate bei der Angebotsabgabe nachgewiesen werden müsste. Aufgrund der Branchenkenntnis der Antragstellerin gehe diese davon aus, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin nicht in sämtlichen Positionen das Leitprodukt, sondern ein nicht gleichwertiges anderes Produkt angeboten habe, ohne die Gleichwertigkeit ordnungsgemäß nachzuweisen. Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin sei somit gemäß Paragraph 29, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als nicht ausschreibungskonform auszuschneiden. Eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin sei somit rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären.

Die beantragte einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin bei Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffe, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Im gegenständlichen Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Zudem werde auf den drohenden Entgang des Auftrages, sohin den drohenden Entgang von Gewinn, die Frustration der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Vergabeverfahren hingewiesen. Zudem drohe ein Referenzprojekt zu entgehen.

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, wären nicht ersichtlich. Damit handle es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und gleichzeitig iSd § 329 Abs. 2 BVergG gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, wären nicht ersichtlich. Damit handle es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und gleichzeitig iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Da eine alleinige Untersagung der Zuschlagserteilung einer Vollstreckung nicht zugänglich sei und eine rechtswidrige Zuschlagserteilung trotz Untersagung der Zuschlagserteilung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung nicht nichtig sei, sei unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 21. August 2007, N/0077-BVA/13/2007-10 sowohl die Zuschlagsentscheidung auszusetzen, um den Ablauf der Stillhaltefrist zu hemmen, als auch eine Zuschlagserteilung zu untersagen.

Die ASFINAG übermittelte am 7. August 2009 dem Bundesvergabeamt die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens und hat mit Schriftsatz vom 5. August 2009 angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstattete sie kein Vorbringen.

Auf der Grundlage der Stellungnahme der Antragstellerin vom 4. August 2009 samt Beilagen (OZ 1 = OZ 4) und der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 5. August 2009 (OZ 5) und den dem Bundesvergabeamt am 7. August 2009 vorgelegten Originalunterlagen des Vergabeverfahrens wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin hat unter der Bezeichnung "A1 - Sanierung und Erweiterung der Beleuchtung an den Raststationen Ansfelden Nord und Süd" ein offenes Verfahren/Bauftrag im Unterschwellenbereich (Der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert beträgt Euro 216.000.--.) bekannt gemacht. Gegenstand des Auftrags gemäß Ausschreibungsbekanntmachung ist wie bereits aus der Bezeichnung des Vergabeverfahrens entnommen werden kann die Sanierung und Erweiterung der Beleuchtung an den Raststationen Ansfelden Nord und Ansfelden Süd. Die Sanierung besteht aus der Erneuerung der Leuchten und der Überprüfung bzw. der Erneuerung der Verkabelung.

Die Antragstellerin und die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin haben ein Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung erfolgte am 18. Mai 2009. Am 28. Juli 2009 wurde den Bieter mit Telefax die nunmehr von der Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben. Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gesamt Euro 3.750.-- (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich) entrichtet.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Die ASFINAG ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. zuletzt BVA vom 26. Juni 2009, N/0056-BVA/13/2009- 24 u.a.). Die ASFINAG ist öffentliche Auftraggeberin iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche zuletzt BVA vom 26. Juni 2009, N/0056-BVA/13/2009- 24 u.a.).

Die Antragstellerin hat am 4. August 2009 die Nichtigkeitsklärung der ihr mit Telefax am 28. Juli 2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Antragstellerin hat am 4. August 2009 die Nichtigkeitsklärung der ihr mit Telefax am 28. Juli 2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt alle Erfordernisse gemäß § 328 Abs. 2 BVergG. Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt alle Erfordernisse gemäß Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. 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 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 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung 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 2, 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.

Der der Zuschlagsentscheidung logisch folgende nächste Schritt im gegenständlichen Vergabeverfahren wäre die Erteilung des Zuschlags nach Ablauf der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1 BVergG. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren obsiegt. Die Prüfung, entsprechende Erörterung und Entscheidung ist dem Hauptverfahren vorbehalten. Würde dem Auftraggeber freigestellt bleiben auch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen, würde das bedeuten, dass der Zuschlag – nach Ablauf der Stillhaltefrist – jederzeit erteilt werden könnte. Damit wäre es dann – mangels Zuständigkeit gemäß § 312 BVergG – dem Bundesvergabeamt in weiterer Folge verwehrt, in diesem Nachprüfungsverfahren zu einer Entscheidung zu gelangen. Jedenfalls droht der Antragstellerin die Schädigung ihrer Interessen durch den drohenden Entgang des Auftrages oder eines zusätzlichen Referenzprojektes. Der der Zuschlagsentscheidung logisch folgende nächste Schritt im gegenständlichen Vergabeverfahren wäre die Erteilung des Zuschlags nach Ablauf der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren obsiegt. Die Prüfung, entsprechende Erörterung und Entscheidung ist dem Hauptverfahren vorbehalten. Würde dem Auftraggeber freigestellt bleiben auch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag zu erteilen, würde das bedeuten, dass der Zuschlag – nach Ablauf der Stillhaltefrist – jederzeit erteilt werden könnte. Damit wäre es dann – mangels Zuständigkeit gemäß Paragraph 312, BVergG – dem Bundesvergabeamt in weiterer Folge verwehrt, in diesem Nachprüfungsverfahren zu einer Entscheidung zu gelangen. Jedenfalls droht der Antragstellerin die Schädigung ihrer Interessen durch den drohenden Entgang des Auftrages oder eines zusätzlichen Referenzprojektes.

Mit einstweiliger Verfügung vom 10. August 2009, GZ N/0082- BVA/11/2009-EV8 wurde daher die Zuschlagsentscheidung vom 28.7.2009 bis zum 16. September 2009 ausgesetzt und der Auftraggeberin bis zum selben Datum untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Gemäß § 329 Abs 3 Bundesvergabegesetz 2006 hat das BVA die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amtswegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006 hat das BVA die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amtswegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Aufgrund der urlaubsbedingten Abwesenheit der zuständigen Senatsvorsitzenden im Monat August konnte das Nachprüfungsverfahren nicht bis zum 16. September 2009 abgeschlossen werden. Die Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 10. August 2009 geführt haben, bestehen jedoch fort. Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen zu erstrecken.

Zuletzt aktualisiert am

14.12.2010

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