

TE Verg Bescheid 2009/8/28 N/0091-BVA/07/2009-8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.08.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn, Westring Linz, Erstellung des Baustellenabfallwirtschaftskonzeptes" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, eingebracht am 24.8.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 25.8.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn, Westring Linz, Erstellung des Baustellenabfallwirtschaftskonzeptes" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, eingebracht am 24.8.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 25.8.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit welcher der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren die Erteilung des Zuschlags untersagt und die angefochtene Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren

"A26 Linzer Autobahn, Westring Linz, Erstellung des Baustellenabfallwirtschaftskonzeptes" den Zuschlag zu erteilen. Darüber hinaus wird die Zuschlagsentscheidung im genannten Vergabeverfahren ebenso für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

Begründung

Die Bekanntmachung der gegenständlichen Dienstleistung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2009/S 104-151043 am 3.6.2009 veröffentlicht. Der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftrag soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Angebotsfrist endete am 14.7.2009, 11.00 Uhr. Mit Telefax vom 10.8.2009 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mitgeteilt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen und fairen, lauterer sowie wettbewerbsneutralen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, weiters in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote und auf Ausscheidung von nicht ordnungsgemäßen Angeboten; vorsichtshalber auch in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und damit auf Teilnahme an einem neuen Vergabeverfahren. Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ihr ausschreibungskonformes Angebot fristgerecht abgegeben.

Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung liege darin, dass der Auftraggeber zwei strittige Referenzen, nämlich "XXX" und "XXX" welche an sich von Anfang an nachgewiesen worden seien, nicht ordnungsgemäß bewertet habe, zumal laut Mitteilung der für diese Referenzen zuständigen Ansprechpartner diese vom Auftraggeber überhaupt nicht kontaktiert worden seien. Der Auftraggeber sei damit von seinen eigenen Feststellungen in der Ausschreibungsunterlage abgewichen, da diese Referenzen entsprechend höher zu bewerten gewesen wären, weil die Mitarbeit von C*** als Projektleiter-Stellvertreter bei diesen Referenzen von Beginn an nachweisbar gewesen und von der Antragstellerin nach erstmaligen Vorhalt durch den Auftraggeber in ihrem Schreiben vom 17.8.2009 auch durch entsprechende Bestätigungen nachgewiesen worden sei. Hätte der Auftraggeber die Antragstellerin bereits früher dazu aufgefordert, hätte sie diese Nachweise auch schon früher vorlegen können, doch sei die Antragstellerin erstmals nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung damit konfrontiert worden. Bei ordnungsgemäßer Bewertung der Referenzen unter Berücksichtigung der Mitarbeit von C*** in der Funktion eines Projektleiter-Stellvertreters bei diesen Referenzprojekten (als damaliger Mitarbeiter der Firma D***) hätte die Antragstellerin daher auch für die beiden strittigen Referenzen entsprechend höhere Punkte bei der Qualität und - da ihr Angebot das billigste der im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter gewesen sei - damit insgesamt mehr Punkte als der für den Zuschlag ausgewählte Zuschlagsempfänger erhalten müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

Die Antragstellerin, ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugtes Unternehmen, das in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig sei und versuche, seine Marktanteile im Bereich der öffentlichen Ausschreibungen zu erhöhen, strebe den Abschluss des ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungsauftrages an. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung werde der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Dadurch drohe ein unmittelbarer Schaden für die Antragstellerin, der im Verlust des Umsatzes in der Höhe des von ihr angebotenen Preises sowie im anteiligen Gewinn daraus samt Deckungsbeitrag liege. Zudem drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Auftraggeber erstattete in seinem Schriftsatz vom 28.8.2009 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 530.000,--, es handle sich somit um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung erfolgt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Es wurden keine Interessen bekannt gegeben, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber erstattete in seinem Schriftsatz vom 28.8.2009 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 530.000,--, es handle sich somit um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Es seien weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung erfolgt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Es wurden keine Interessen bekannt gegeben, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens zur Erlassung der einstweiligen Verfügung erwogen:

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

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG, welche öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35) ist. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs -AG als offenes Verfahren geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs.1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG, welche öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35) ist. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs -AG als offenes Verfahren geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax vom 10.8.2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der ihr mit Telefax vom 10.8.2009 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG sind als erfüllt anzusehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 leg. cit vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen. Auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG sind als erfüllt anzusehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg. cit vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung des Verfahrens 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 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. 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Die Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung ist jedoch nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern bleibt dies dem Hauptverfahren vorbehalten. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrags, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erhalten, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in erster Linie im Erhalt des Auftrags. Die Antragstellerin möchte die Zuschlagserteilung an die B*** hintanhalten lassen, um den Eintritt des geltend gemachten drohenden Schadens vorläufig zu verhindern.

Demgegenüber hat der Auftraggeber davon abgesehen, seinerseits gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Der Senatsvorsitzenden sind auch keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung sprechen würden, bekannt.

Die Antragstellerin hat die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 30.4.2003, 6N-41/03- 11; 27.1.2006, 16N-8/06-6; 4.4.2007, N/0030-BVA/07/2007-EV19).

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.10.2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1.12.2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich, dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23.10.2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1.12.2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30.12.2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der

Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich, dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der grundsätzlichen Ermöglichung einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme zu entsprechen.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert wird, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren allenfalls erfolgte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung unmöglich oder infolge zwischenzeitig erfolgter Zuschlagserteilung sinnlos wird.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Die darüber hinaus vorgenommene Aussetzung der Zuschlagsentscheidung nimmt der Zuschlagsentscheidung vorübergehend ihre Wirkung und verhindert - mangels gesetzlicher Nichtigkeitssanktion - die Zuschlagserteilung, da diese nur auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung erfolgen kann. Die Kombination beider Mittel belastet den Auftraggeber nicht stärker als nötig, da sie diesen lediglich in dem Ausmaß belastet, das zur Absicherung des Nachprüfungsverfahrens unbedingt erforderlich ist, der Auftraggeber im Übrigen jedoch seine volle Handlungsfreiheit behält (BVA 10.6.2009, N/0021- BVA/10/2009-EV10).

Zuletzt aktualisiert am

01.12.2009

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