

TE Verg Bescheid 2009/8/19 N/0085-BVA/14/2009-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.08.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A 10 Tauern Autobahn, Generalerneuerung des Wolfsbergtunnels, AB-km 142,190 - AB-km 145,390" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***; 3. C***, 4. D***, vertreten durch X***, vom 13.8.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "A 10 Tauern Autobahn, Generalerneuerung des

Wolfsbergtunnels, AB-km 142,190 - AB-km 145,390" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***; 3. C***, 4. D***, vertreten durch X***, vom 13.8.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren 'A 10 Tauern Autobahn, Generalerneuerung des Wolfsbergtunnels, AB-km 142,190 - AB-km 145,390' den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 13.8.2009, brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus

1. 1.Ziffer eins

A***, 2. B***, 3. C***, 4. D***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragsteller), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben ein und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Unter einem begehrte der Antragsteller, den Auftraggeber zum Ersatz der für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren zu verhalten.

Zusammenfassend brachte der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 13.8.2009 vor:

Der Auftraggeber (ASFINAG) habe mit Bekanntmachung vom 9.4.2009 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Zl. 2009/S 69-099849 den verfahrensgegenständlichen Bauauftrag unter der Bezeichnung "A 10 Tauern Autobahn, Generalerneuerung des Wolfsbergtunnels, AB-km 142, 190 - AB-km 145, 390" in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip öffentlich ausgeschrieben.

Die Angebotsfrist sei am 26.5.2009, 11.00 Uhr, abgelaufen. Insgesamt seien von zwei Bietern, darunter dem Antragsteller, Angebote gelegt worden. Die Angebotssumme des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe sich auf Euro 14,372.200,08 (exkl. USt), die Angebotssumme des Antragstellers auf Euro 17,774.871,14 (exkl. USt) belaufen.

Mit Telefax vom 30.7.2009 sei der Antragsteller von der vergebenden Stelle (ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien) darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass der Auftraggeber beabsichtige, der Bietergemeinschaft E*** / F*** den Zuschlag zu erteilen.

Der Antragsteller habe durch seine bisherige Beteiligung am Vergabeverfahren sein maßgebliches Interesse am Vertragsabschluss ausreichend dargelegt. Der Antragsteller beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen, insbesondere solchen mit vergleichbaren Leistungsinhalten, zu beteiligen. Die Durchführung des Auftrages liege auch deshalb in seinem Interesse, da er zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit vielfach von der öffentlichen Hand beauftragte Referenzprojekte vorweisen müsse.

Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung drohe dem Antragsteller als eigentlichem Bestbieter neben dem dargestellten Schaden durch ungerechtfertigten Entgang eines wichtigen Referenzprojektes auch der Entgang des Deckungsbeitrages. Der Schaden könne mit rund 8 % des vom Antragsteller in seinem Angebot genannten Angebotspreises (exkl. USt), daher mit Euro 1,421.998,69 beziffert werden. Darüberhinaus drohe dem Antragsteller ein Schaden von zumindest Euro 200.000,-- durch frustrierte Kosten der Angebotslegung. Bestandteil des Schadens seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von Euro 7.500,-- und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit rd. Euro 5.000,-- (exkl. USt) betragen würden.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines dem fairen, transparenten und lauten Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens, auf eine zu seinen Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung, auf Erteilung des Zuschlags an ihn als eigentlichen Bestbieter, auf Ausscheidung eines auszuschheidenden Angebotes, auf Gleichbehandlung sowie auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens, verletzt.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei zu Gunsten eines technisch nicht leistungsfähigen Bieters und zu

Gunsten eines auszuscheidenden Angebotes ergangen und damit rechtswidrig.

Mangelnde technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

-Mindestvoraussetzungen der ÖVBB-Richtlinien:

Die ÖVBB-Richtlinien seien Bestandteil der technischen Vertragsbestimmungen und als solche einzuhalten. Die nach diesen Richtlinien geforderten bzw. einzuhaltenden Mindestkriterien würden durch das sogenannte ÖVBB-Kennzeichen "ersetzt", über das der präsumtive Zuschlagsempfänger nach Informationsstand des Antragstellers nicht verfüge. Der präsumtive Zuschlagsempfänger vermöge auch die zur Erlangung dieses Kennzeichens notwendigen Bedingungen nicht zu erfüllen. So mangle es ihm insbesondere an dem nach den ÖVBB-Richtlinien notwendigen Fachpersonal, an den erforderlichen Vertragsverhältnissen zu externen Prüfungseinrichtungen sowie an den maßgeblichen Referenzen.

Nach Pkt. 5.2.10.1 des Teiles B.5 der Ausschreibungsunterlagen dürfe der "Tunnelanstrich" nur von Personal mit entsprechenden Kenntnissen gemäß RVS 13.61, "Instandsetzung von Kunstbauten" (Anhang Blatt 1) durchgeführt werden. Ebenso verhalte es sich bezüglich der Instandsetzung Beton, Stahlbeton und Mauern, wobei diesbezüglich im Leistungsverzeichnis unter der OG 02 13 festgehalten werde, dass allgemeine Instandsetzungsarbeiten gemäß ÖNORM B 4706 nur von entsprechend ausgebildetem und erfahrenem Personal ausgeführt werden dürften.

Obleich Pkt. 1.304.1.5 des Teiles B.1 der Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich Nachweise bezüglich des Vorhandenseins des entsprechenden Personals verlangen würde, hätte der präsumtive Zuschlagsempfänger nach der höchstgerichtlichen Judikatur bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung jedenfalls über ein solches Personal verfügen müssen. So habe der VwGH in seiner Entscheidung vom 21.4.2004, 2004/04/0016, ausgeführt, dass ein Asphaltfertiger, welcher für die Erbringung von Bauleistungen erforderlich sei, auch für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sei, und zwar auch dann, wenn in der Ausschreibung der diesbezügliche Nachweis nicht dezidiert gefordert worden sei.

Der öffentliche Auftraggeber habe die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers jedenfalls zu überprüfen. Selbst dann, wenn keine konkreten Nachweise zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt worden seien, würde es am Auftraggeber liegen, bezüglich der in den Ausschreibungsunterlagen normierten Kriterien konkrete Nachweise zu verlangen, um das Vorliegen der Eignung zu überprüfen (ua VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094).

Nach dem Informationsstand des Antragstellers habe der Zuschlagsempfänger zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht über das nach den Ausschreibungsunterlagen erforderliche Personal verfügt. Sofern der Auftraggeber diesen Umstand nicht einmal überprüft haben sollte, sei die Zuschlagsentscheidung auch infolge einer unvollständigen Angebotsprüfung rechtswidrig.

-Mangelnde Referenz:

Nach Kenntnisstand des Antragstellers habe der präsumtive Zuschlagsempfänger Tunnelbauarbeiten nur beim Bauvorhaben "Sanierung Gräberntunnel Oströhre" durchgeführt. Diese, vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Darlegung seiner Eignung allenfalls angeführte Referenz "Sanierung Gräberntunnel Oströhre" reiche zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht aus, weil es sich dabei jedenfalls um kein vergleichbares Bauvorhaben handle. Im Hinblick darauf, dass der Tunnelbau mit ca. 40 % den größten Anteil am gegenständlichen Bauvorhaben "Wolfsbergtunnel" aufweise, sei diese Leistung auch für die Vergleichbarkeit der Referenz maßgeblich. Die restlichen 60 % des gegenständlichen Bauvorhabens würden sich auf Betondecken-, Straßenbau-, Brückenbau- und Lärmschutzarbeiten sowie auf den Hochbau verteilen. Beim Wolfsbergtunnel handle es sich um die Generalsanierung eines Hauptverkehrstunnels. Demgegenüber seien bei der Sanierung des Gräberntunnels nur Anschlussarbeiten an Querschlägern erforderlich gewesen. Dass das (allfällige) Referenzprojekt "Sanierung Gräberntunnel Oströhre" mit dem konkreten Auftrag in keiner Weise vergleichbar sei, werde auch durch die dem Angebot des Antragstellers entnehmbaren Fakten deutlich. Die Werte im Tunnelbauvorhaben "Wolfsbergtunnel" seien im Schnitt 16-mal so groß wie in dem seitens des präsumtiven Zuschlagsempfängers mutmaßlich angegebenen Referenzprojekt "Sanierung Gräberntunnel Oströhre".

Auch wenn bezüglich der Referenz als Nachweis in den Ausschreibungsunterlagen unter Pkt. 1.304.1.5 des Teiles B.1 nur Bescheinigungen bezüglich des Wertes der Bauleistung, Zeit und Ort der Bauführung sowie darüber, ob die

Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprochen hätten und ordnungsgemäß durchgeführt worden seien, verlangt würden, müssten diese, um die technische Leistungsfähigkeit zu erfüllen, die Vergleichbarkeit mit dem gegenständlichen Auftrag belegen. Nach einhelliger Rechtsprechung seien die Referenzanforderungen so auszulegen, dass sich die Referenzen auf solche Erfahrungen beziehen würden, die der konkrete Auftrag erfordere, auch wenn die Ausschreibungsunterlagen dies nicht ausdrücklich verlangen würden (z.B. BVA, 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39). Da die angeführten Referenzprojekte des präsumtiven Zuschlagsempfängers die für den gegenständlichen Auftrag maßgeblichen Erfahrungen nicht belegen könnten, hätte der Auftraggeber den präsumtiven Zuschlagsempfänger zunächst zur Beibringung entsprechender Nachweise binnen angemessener Frist aufzufordern gehabt (VwGH 31.5.2000, 2000/04/0015). Da der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch keine vergleichbaren Referenzleistungen erbringen und somit einem allenfalls erteilten Mängelbehebungsauftrag nicht nachkommen könnte, wäre sein Angebot (auch) aus diesem Grund auszuschneiden gewesen.

-Fehlende Ausrüstung zur Durchführung des gegenständlichen Auftrages:

Obleich die Ausschreibungsunterlagen auch bezüglich der notwendigen Ausrüstung, Gerätschaften sowie des dazugehörigen Bedienpersonals keine ausdrücklichen Nachweise für das Vorhandensein festlegen würden, hätte der präsumtive Zuschlagsempfänger nach höchstgerichtlicher Judikatur bereits zum Zeitpunkt der Anbotslegung über diese verfügen müssen (u.a. VwGH 21.4.2004, 2004/04/0016).

Auf Grund der kurzen Dispositions- und Ausführungszeiten (6 Wochen/5 Monate) müssten sich die für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderlichen Gerätschaften jedenfalls im Bestand des auszuführenden Unternehmens befinden, um den Auftrag ordnungsgemäß und termingerecht abwickeln zu können. Diese Geräte seien auch nicht kurzfristig am Markt zu erwerben, da - wie branchenbekannt - von Lieferzeiten von sechs Monaten bis zu zwei Jahren auszugehen sei. Darüber hinaus würden teilweise sogar Spezialgeräte erforderlich werden, für die fachkundiges Bedienpersonal benötigt werde.

Konkret würden für wesentliche Leistungsteile benötigt:

Höchstdruckwasserstrahlgeräte bis zu 3000 bar für die Betonabtragsarbeiten hinter die Bewehrung und sämtliche Untergrundvorbereitungsarbeiten für Spritzbeton und Tunnelanstrichsystem, 3 Tunnelbagger mit Anbaufräsen für die Abtragsarbeiten der Innenschale in der Röhre Villach (auf Grund der kurzen Zeitschiene des Bauloses Wolfsbergtunnel seien Abtragsarbeiten mit mindestens 3 Tunnelbaggern mit Anbaufräse durchzuführen), Tunnelbohrgerät für die Ankerungsarbeiten zur Sicherung der Außenschale während der Abtragsarbeiten, Spritzbetongerät zur Sicherung der Außenschale während der Abtragsarbeiten und Tunnelschälwagen, um diesen für die Herstellung der neuen Innenschale im geforderten Querschnitt zu adaptieren.

Mangelnde Befugnis des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Nach dem Informationsstand des Antragstellers habe der präsumtive Zuschlagsempfänger darüber hinaus keine Subunternehmer für die vorzunehmenden Vermessungen nach der Pla-DOK namhaft gemacht.

Es sei die Erstellung der Bestandspläne gemäß Pla-DOK vorgeschrieben und somit eine vermessungstechnische Bestandsaufnahme in Lage und Höhe aller Bauwerksteile durchzuführen, wobei die Erstellung der Bestandsdokumentation durch einen befugten Ziviltechniker bzw. durch ein technisches Büro zu erfolgen habe (Pkt. 1.206 des Teiles B.1 sowie Pkt. 6.3.5.3 des Teiles B.6 der Ausschreibungsunterlagen). Darüber hinaus werde festgelegt, dass auch für solche "kleineren Leistungen" wie z.B. der Erstellung der Bestandsdokumentation die notwendige Befugnis (z.B. befugter Ziviltechniker bzw. technisches Büro) nachgewiesen und gegebenenfalls in der Subunternehmerdeklaration im Teil B.8 anzuführen sei, soweit der Bieter zur Ausführung dieser Leistungen nicht selbst befugt sei.

Da dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die diesbezügliche notwendige Befugnis fehle und er Subunternehmer zur Substituierung nicht namhaft gemacht habe, sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen (vgl. BVA 26.6.2009, N/0056-BVA/13/2009- 24). Da dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die diesbezügliche notwendige Befugnis fehle und er Subunternehmer zur Substituierung nicht namhaft gemacht habe, sei das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch aus diesem Grund auszuschneiden gewesen vergleiche BVA 26.6.2009, N/0056-BVA/13/2009- 24).

Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Wenngleich der ausgeschriebene Leistungsumfang jenen des vorangegangenen, in der Folge vom Auftraggeber widerrufenen Vergabeverfahrens bei weitem übersteige, sei das nunmehrige Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers preislich um einiges günstiger als das Angebot des damaligen Bestbieters und daher bereits aus diesem Grund nicht nachvollziehbar.

Auch auf Grund des Abstandes zwischen den Preisen des vermeintlichen Bestbieterangebotes und dem Angebot des Antragstellers von fast 20 % wäre der Auftraggeber zur vertieften Prüfung des Angebotes des Billigstbieters verpflichtet gewesen (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032). Dabei wäre vom Auftraggeber die Preisgestaltung des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu hinterfragen gewesen (§ 125 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVerfG). Dabei wäre der Auftraggeber jedenfalls zur Feststellung verhalten gewesen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne (VfGH 22.9.2003, B 121/01). Auch auf Grund des Abstandes zwischen den Preisen des vermeintlichen Bestbieterangebotes und dem Angebot des Antragstellers von fast 20 % wäre der Auftraggeber zur vertieften Prüfung des Angebotes des Billigstbieters verpflichtet gewesen (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032). Dabei wäre vom Auftraggeber die Preisgestaltung des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu hinterfragen gewesen (Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins bis 3 BVerfG). Dabei wäre der Auftraggeber jedenfalls zur Feststellung verhalten gewesen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen könne (VfGH 22.9.2003, B 121/01).

Da der Antragsteller sein Angebot de facto zu "Selbstkosten" kalkuliert habe, könnten zum Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers die ausgeschriebenen Leistungen nicht kostendeckend erbracht werden.

Der Umstand, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger "unterpreisig" angeboten habe, zeige sich insbesondere auch bei den wesentlichen Positionen 01020201D "zeitgebundene Kosten Bauzeit Villach Mo", 01020201E "zeitgebundene Kosten Bauzeit Salzburg Mo", 02130141A "Abtrag Innenschale Bereich A", 02130141B "Abtrag Innenschale Bereich W", 02420803A "Nachtr Abtrag Ulmenbereich A", 01420803A "Nachtr Abtrag Ulmenbereich A" und 04170424A "Zweisch Betondecke 20Altb. + 5cm maschinell". Die hierfür vom Antragsteller angebotenen Preise seien bereits äußerst knapp kalkuliert. Soweit der präsumtive Zuschlagsempfänger bei diesen Positionen unterhalb des Preises des Antragstellers angeboten habe, seien diese Preise nicht plausibel und allenfalls darauf zurückzuführen, dass einzelne notwendige Leistungen in die hierfür vorgesehenen Positionen nicht mit eingerechnet worden seien und/oder unzulässige Preisverschiebungen vorliegen würden.

Auch bezüglich der Preispositionen der Leistungsgruppe 0201 "Baustellengemeinkosten" sei die Kalkulation des Antragstellers nahezu den Selbstkosten gleichzusetzen. Soweit das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auch diesbezüglich geringere Preise aufweisen sollte, sei davon auszugehen, dass die notwendigen Leistungen nicht in den angebotenen Preis der Baustellengemeinkosten eingeflossen seien. Es scheine hier eine Umlagerung von Kosten in andere Leistungspositionen stattgefunden zu haben, was einer spekulativen Angebotserstellung gleichkomme. Bei der Position 04230167B "RHS LStahl, Stützen, St 2,50 liefern" habe der präsumtive Zuschlagsempfänger offensichtlich auch einen nicht kostendeckenden Preis angeboten.

Eine vertiefte Angebotsprüfung hätte jedenfalls zur Feststellung geführt, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und daher auszuschneiden sei.

Die Zuschlagsentscheidung erweise sich daher nicht nur wegen des Unterlassens des gebotenen Ausscheidens des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers als rechtswidrig, sondern auch deshalb, da der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung offensichtlich unterlassen habe und damit die Angebotsprüfung noch nicht abgeschlossen sei.

Der Antragsteller erhob das oben wiedergegebene Vorbringen auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters brachte er vor, dass der einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung weder ein besonderes Interesse des Auftraggebers oder des präsumtiven Zuschlagsempfängers noch ein besonderes öffentliches Interesse entgegenstünden.

Mit Schriftsatz vom 18.8.2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und gab bekannt, dass es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handelt (geschätzter Auftragswert Euro 14,7 Mio exkl. Ust).

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf ökonomisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauvorhabens wurde vom Auftraggeber mit Euro 14,7 Mio exkl. Ust angegeben. Es handelt sich daher um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 Z 3 BVergG). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauvorhabens wurde vom Auftraggeber mit Euro 14,7 Mio exkl. Ust angegeben. Es handelt sich daher um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG).

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 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 leg.cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des 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, leg.cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt.

Das Bundesvergabeamt ist 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 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 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 § 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft SSB/Berger Bau zu erteilen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft SSB/Berger Bau zu erteilen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihm auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da die Möglichkeit der Erlangung des Zuschlages nur dadurch wirksam gesichert werden kann, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Demgegenüber hat der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 18.8.2009 keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden weder dargetan noch vermag das Bundesvergabeamt solche zu erkennen.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10;

24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7

1. u.Litera u

a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2009

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