

TE Verg Bescheid 2009/4/24 N/0037-BVA/11/2009-10EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2009

Norm

BVergG 2006 §328

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 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Errichtung von Infrastrukturzellen und Außenanlagen der Schwerpunktrastplätze auf der A1 Westautobahn im Bereich Amstetten (km 118,2 bis 119,8) sowie im Bereich Hainbach (km 229,5/231,2)" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der A***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Errichtung von Infrastrukturzellen und Außenanlagen der Schwerpunktrastplätze auf der A1 Westautobahn im Bereich Amstetten (km 118,2 bis 119,8) sowie im Bereich Hainbach (km 229,5/231,2)" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "eine einstweilige Verfügung erlassen, wonach es dem Auftraggeber und der vergebenden Stelle untersagt ist, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den unter Punkt 7 gestellten Antrag auf Nichtigerklärung den Zuschlag betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren zu

erteilen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die ASFINAG Bau Management GmbH schrieb im Vollmachtsnamen der ASFINAG die Errichtung einer Infrastrukturzeile samt Außenanlagen Amstetten/Viehdorf und Hainbach Nord/Süd (Bauleistung) aus. Die Antragstellerin beteiligte sich am Vergabeverfahren und legte am 16.12.2008 ein Angebot.

Mit Telefax vom 10.04.2009 wurde der Antragstellerin von Seiten der Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß §§ 88 Abs. 1 Z 5, 129 Abs. 1 Z 3 und 129 Abs. 2 BVergG ausgeschieden werde. Gegen die Ausscheidensentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden werde, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber sowie im Recht auf gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt. Mit Telefax vom 10.04.2009 wurde der Antragstellerin von Seiten der Auftraggeberin mitgeteilt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraphen 88, Absatz eins, Ziffer 5, 129, Absatz eins, Ziffer 3 und 129 Absatz 2, BVergG ausgeschieden werde. Gegen die Ausscheidensentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag, in dem die Antragstellerin begründend ausführt, sie erachte sich in ihrem Recht, dass ihr Angebot nicht ausgeschieden werde, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber sowie im Recht auf gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt.

Die Auftraggeberin habe das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden, da dieses vollinhaltlich den Ausschreibungsbedingungen entsprochen habe. Unklarheiten seien im Zuge des ersten Aufklärungsgesprächs ausgeräumt worden. Die im Schreiben der Auftraggeberin vom 10.04.2009 angeführten Ausscheidensgründe träfen nicht zu.

Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden gemäß § 88 Abs. 1 Z 5 BVergG damit begründet, dass "im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung nachweislich festgestellt wurde. Auf Grund der von Ihnen angekündigten Maßnahmen kann nicht glaubwürdig ausgeschlossen werden, dass für die Zukunft erfolgsversprechende Maßnahmen ergriffen wurden, um gleichartige Rechtsverletzungen auszuschließen." Die Auftraggeberin habe die angeführten schweren Verfehlungen jedoch nicht spezifiziert und sei daher ihrer Begründungspflicht für derartig schwerwiegende Behauptungen nicht nachgekommen. Die Auftraggeberin habe im Zuge interner Maßnahmen von der Antragstellerin auch gefordert, ihren Mitarbeiter B*** von der weiteren Befassung mit ihren Projekten fernzuhalten. Dies sei von der Antragstellerin zugesagt worden, wobei man aber seitens der Auftraggeberin ausdrücklich seine Beiziehung zum ersten Aufklärungsgespräch gewünscht habe, da B*** die Kalkulation des Angebotes vorgenommen habe. Die Auftraggeberin habe das Ausscheiden gemäß Paragraph 88, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG damit begründet, dass "im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung nachweislich festgestellt wurde. Auf Grund der von Ihnen angekündigten Maßnahmen kann nicht glaubwürdig ausgeschlossen werden, dass für die Zukunft erfolgsversprechende Maßnahmen ergriffen wurden, um gleichartige Rechtsverletzungen auszuschließen." Die Auftraggeberin habe die angeführten schweren Verfehlungen jedoch nicht spezifiziert und sei daher ihrer Begründungspflicht für derartig schwerwiegende Behauptungen nicht nachgekommen. Die Auftraggeberin habe im Zuge interner Maßnahmen von der Antragstellerin auch gefordert, ihren Mitarbeiter B*** von der weiteren Befassung mit ihren Projekten fernzuhalten. Dies sei von der Antragstellerin zugesagt worden, wobei man aber seitens der Auftraggeberin ausdrücklich seine Beiziehung zum ersten Aufklärungsgespräch gewünscht habe, da B*** die Kalkulation des Angebotes vorgenommen habe.

Punkt 2 der beiden Schreiben vom 03.04.2009 bzw. 10.04.2009 beinhalte den Vorwurf, man habe nicht näher spezifizierte Eventualpositionen mit einem tatsächlichen Wert von Euro xxx mit Euro xxx ausgepreist. Dieser Vorwurf sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Er sei auch trotz Ersuchens der Antragstellerin durch die Auftraggeberin nicht spezifiziert worden. In diesem Zusammenhang werde auch auf das erste Aufklärungsgespräch verwiesen, wo es zu einer Klärung und Richtigstellung von 2-mal Euro xxx auf 2-mal Euro xxx, sohin zu einer Klärung über Euro xxx gekommen sei. Woraus der weitergehende Betrag von Euro xxx resultieren solle, sei durch die Auftraggeberin nicht geklärt worden. Auch der Vorwurf einer hochspekulativen Preisbildung liege nicht vor und es breche auch dieser Ausscheidensgrund in sich zusammen. Das Ausscheiden gemäß § 129 Abs. 2 BVergG begründe die Auftraggeberin mit "nicht nachvollziehbarer Begründung", bleibe jedoch auch hier jede Erklärung schuldig, warum die

von der Antragstellerin dargelegten Erläuterungen nicht nachvollziehbar seien. Punkt 2 der beiden Schreiben vom 03.04.2009 bzw. 10.04.2009 beinhalte den Vorwurf, man habe nicht näher spezifizierte Eventualpositionen mit einem tatsächlichen Wert von Euro xxx mit Euro xxx ausgepreist. Dieser Vorwurf sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Er sei auch trotz Ersuchens der Antragstellerin durch die Auftraggeberin nicht spezifiziert worden. In diesem Zusammenhang werde auch auf das erste Aufklärungsgespräch verwiesen, wo es zu einer Klärung und Richtigstellung von 2-mal Euro xxx auf 2-mal Euro xxx, sohin zu einer Klärung über Euro xxx gekommen sei. Woraus der weitergehende Betrag von Euro xxx resultieren solle, sei durch die Auftraggeberin nicht geklärt worden. Auch der Vorwurf einer hochspekulativen Preisbildung liege nicht vor und es breche auch dieser Ausscheidensgrund in sich zusammen. Das Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG begründe die Auftraggeberin mit "nicht nachvollziehbarer Begründung", bleibe jedoch auch hier jede Erklärung schuldig, warum die von der Antragstellerin dargelegten Erläuterungen nicht nachvollziehbar seien.

Die Antragstellerin habe durch die Abgabe des Angebotes ihr Interesse an der Zuschlagserteilung dokumentiert. Ihr drohe im Fall, dass ihr der Zuschlag nicht erteilt werde ein Schaden, der sich aus den Kosten im Zusammenhang mit der Zusammenstellung der Angebotsunterlagen und der Erstellung des Angebotes sowie den Kosten der rechtlichen Beratung und rechtsfreundlichen Vertretung im Zusammenhang mit den nunmehr geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen zusammensetze.

Die Auftraggeberin erhob gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung keinen Einwand.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.). Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.).

Nach den Angaben der Auftraggeberin ist das vorliegende Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin ergibt, wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Von einem im § 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. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem im 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. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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 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 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 leg. cit. 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, leg. cit. 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.

Es ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, 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 angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, 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 angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2009

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