

TE Verg Bescheid 2009/1/12 N/0001-BVA/13/2009-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.01.2009

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistungen für die Instandsetzung der Objekte B1014 - Neilreichbrücke im Zuge der A23 Südosttangente Wien, B1015, B2308 - Hochstraße Inzersdorf im Zuge der A23 Südosttangente Wien, B2309 - Brücke im Zuge der A23 R8" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstrassen Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-8, 1010 Wien, (im Folgenden: Asfinag) vertreten durch die vergebende Stelle Asfinag Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 5. Jänner 2009, wie folgt entschieden:

Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung "der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen" wird gemäß § 328 BVergG 2006 abgewiesen. Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung "der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen" wird gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 5. Jänner 2009, beim BVA eingelangt am 5. Jänner 2009, begehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. 1.Ziffer eins
die mit Telefax vom 29. Dezember 2008 zugegangene Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuscheiden, für nichtig

erklären;

1. 2.Ziffer 2

das BVA möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag in Höhe von Euro 1280 gemäß § 319 Abs. 1 BVergG zudas BVA möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag in Höhe von Euro 1280 gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG zu

Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter ersetzen."

Die Antragstellerin stellte außerdem den Antrag "auf Akteneinsicht nach Vorlage des Vergabeaktes."

Weiteres stellte die Antragstellerin den Antrag "auf Heranziehung eines Sachverständigen für Generalsplanung Brückenbau und Großbrückenbau."

Die Antragstellerin stellte außerdem den Antrag auf Erlassung nachstehender einstweiliger Verfügung:

"Der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen."

Die Antragstellerin stellte auch den Antrag, "das BVA möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag in Höhe von Euro 800 gemäß § 319 BVergG 2006 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter ersetzen."Die Antragstellerin stellte auch den Antrag, "das BVA möge der Antragsgegnerin auftragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für diesen Antrag in Höhe von Euro 800 gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter ersetzen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Asfinag als Auftraggeberin ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich durchführe. Auftragsgegenstand seien Generalplanerleistungen für den Bereich A23 Südosttangente, Hochstraße Inzersdorf und Neilreichbrücke. Die Antragstellerin habe Interesse an der Erbringung dieser ausgeschriebenen Leistungen. Sie habe daher fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Die Antragsgegnerin habe die erste Zuschlagsentscheidung mit Telefax vom 4. November 2008 zu Gunsten der Bietergemeinschaft B***/C*** (im Folgenden: BIEGE B***) bekannt gegeben. Als Gründe für die schlechtere Bewertung des Angebotes der Antragstellerin sei lediglich die erfolgte "Preis- und Qualitätsbewertung" angegeben worden. Auf Anfrage der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin per Telefax am 12. November 2008 eine tabellarische Bewertung des Angebots der Antragstellerin an diese übermittelt. Nachdem die Antragstellerin am 18. November 2008 beim Bundesvergabeamt einen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt hätte, hätte die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung am 20. November 2008 widerrufen. Am 28. November 2008 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass das Begleitschreiben der Antragstellerin zu ihrem Angebot Vorbehalte zu den Ausschreibungsunterlagen enthalte und im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen stehe. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, eine schriftliche Aufklärung zu den angeblichen Vorbehalten ihres Angebotes zu übermitteln. Dieser Aufforderung sei die Antragstellerin fristgerecht nachgekommen. Dennoch habe die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Die diesbezügliche Entscheidung sei am 29. Dezember 2008 bei der Antragstellerin eingelangt.

Der Antragstellerin würde ein Schaden drohen, der im entgangenen Gewinn von mindestens einem Prozent des Angebotes und in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes bestehe. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Berücksichtigung ihres Angebotes für die Zuschlagsentscheidung und insbesondere in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als eigentliche Bestbieterin verletzt. Es werde die Entscheidung der Auftraggeberin, ihr Angebot vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden, angefochten.

Das Angebot der Antragstellerin sei unzulässiger Weise ausgeschieden worden. Die Auftraggeberin würde der Antragstellerin vorwerfen, dass die Antragstellerin die Bauweise, welche laut den Ausschreibungsunterlagen erst nach Erstellung der Vorstudie von der Antragsgegnerin festzulegen sei, bereits vorgegeben habe. Dieser Vorwurf sei unberechtigt, da es in den Ausschreibungsunterlagen keinen Hinweis darauf gebe, dass die Bauweise erst nach der Erstellung der Vorstudie festzulegen sei. Die von der Antragstellerin im Begleitschreiben vom 3. Oktober 2008 vorgeschlagene Verwendung von vorgefertigten Elementen aus Stahl bzw Stahlbeton sei die einzige für solche Projekte wirtschaftlich und technisch vernünftige Bauweise. Dies seien notorische Tatsachen, von denen jeder Auftraggeber in Europa bei der Ausschreibung derartiger Projekte ausgehe. Die Antragsgegnerin führe in der Begründung ihrer Ausscheidensentscheidung vom 29. Dezember 2008 des Weiteren an, dass der Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerin nicht plausibel zusammengesetzt sei, da die angebotenen Nachlässe mit der von der Antragstellerin

vorgeschlagenen Bauweise, auf welche die Antragstellerin einen direkten Einfluss habe, verknüpft seien. Dadurch sei laut Auftraggeberin der Tatbestand einer spekulativen Preisgestaltung erfüllt. Dies sei falsch. Im Übrigen hätte die Antragsgegnerin vor einer Ausscheidung wegen spekulativer Preisgestaltung eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen, was nicht erfolgt sei.

Der Vorwurf der Auftraggeberin, dass die im Begleitschreiben der Antragstellerin vom 3. Oktober 2008 erfolgte Angabe der Anzahl der für den Verkehr aufrecht zu erhaltenden Fahrstreifen während der Bauzeit den Ausschreibungsunterlagen widerspreche, sei unbegründet, da sich in den Ausschreibungsunterlagen keine Auflistung der Fahrstreifen befinde. Lediglich in den Detailplänen der Brückenkonstruktion seien die Fahrstreifen ersichtlich. Die Aufzählung der während der Bauzeit für den Verkehr aufrecht zu erhaltenden Fahrstreifen im Begleitschreiben der Antragstellerin vom 3. Oktober 2008 gebe lediglich die in den Detailplänen der Ausschreibungsunterlagen ohnehin ersichtliche Anzahl der Fahrstreifen wieder.

Als weitere Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens werden angegeben:

1. 1.Ziffer eins
unzulässige Subkriterien beim Hearing
2. 2.Ziffer 2
unzulässige Bewertung im Hearing
3. 3.Ziffer 3
Intransparenz der Bewertung des Hearings

Zu ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin insbesondere wie folgt aus: "Im Falle der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen würde diese die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung verlieren." In diesem Fall entstünde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, durch frustrierte Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung sowie in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes.

Mit Schreiben vom 8. Jänner 2009 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Generalplanerleistungen für die Instandsetzung der Objekte B1014 - Neilreichbrücke im Zuge der A23 Südosttangente Wien, B1015, B2308 - Hochstraße Inzersdorf im Zuge der A23 Südosttangente Wien, B2309 - Brücke im Zuge der A23 R8" die Asfinag, vertreten durch die vergebende Stelle Asfinag Bau Management GmbH sei. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwelkenbereich mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 2.100.000,- welcher im Wege eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde. Das Angebot der Antragstellerin sei mit Schreiben vom 29. Dezember 2008 ausgeschieden worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei noch nicht erfolgt. Zu der beantragten einstweiligen Verfügung hat die Auftraggeberin nicht Stellung genommen.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2
Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Asfinag hat zur Beschaffung der Generalplanerleistungen für die Instandsetzung von Teilen der A23 Südosttangente Wien einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines nicht offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 2.100.000,- ohne USt ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Das Angebot der Antragstellerin ist mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Dezember 2008 ausgeschieden worden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 8. Jänner 2009)

Die Ausscheidensentscheidung ist der Antragstellerin mit Telefax am 29. Dezember 2008 zugegangen. (Schreiben der Antragstellerin vom 5. Jänner 2009)

1. 3.Ziffer 3
Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert

anfechtbaren Entscheidung - nämlich das Ausscheiden ihres Angebotes - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich das Ausscheiden ihres Angebotes - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung am 29. Dezember 2008 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 5. Jänner 2009 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Antragstellerin hat von der bekämpften gesondert anfechtbaren Entscheidung am 29. Dezember 2008 Kenntnis erlangt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 5. Jänner 2009 und somit rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

1. 4. Ziffer 4

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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.

Die Antragstellerin hat die Erlassung nachstehender einstweiliger Verfügung beantragt: "Der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, den Zuschlag zu erteilen."

Die Antragstellerin hat ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen wie folgt begründet: "Im Falle der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen würde diese die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung verlieren." In diesem Fall entstünde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns, durch frustrierte Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung sowie in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes.

Die Antragstellerin übersieht (arg "Im Falle der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin..."), dass ihr Angebot bereits ausgeschieden wurde. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin kann mittels einstweiliger Verfügung nicht rückgängig gemacht werden. Eine etwaige Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin

wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren geprüft werden. Auch droht der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens (das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden, die Zuschlagsentscheidung ist noch nicht ergangen) ein Schaden durch die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar. Dies deshalb, weil die Auftraggeberin im konkreten Fall gemäß § 131 ff BVergG einen wirksamen Zuschlag nur nach vorheriger Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung und Abwarten der entsprechenden Stillhaltefrist erteilen kann. Die Antragstellerin ist nämlich wegen der rechtzeitigen Anfechtung der Ausscheidensentscheidung als ein "im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" iSd § 131 BVergG anzusehen, weshalb ihr eine Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben ist (vgl. EB 1171 der Beilagen XXII. GP 85). Sollte die Auftraggeberin in der Folge tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben, steht der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit offen, neuerlich einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Deshalb ist im konkreten Fall derzeit eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wäre, nicht ersichtlich. Die Antragstellerin übersieht (arg "Im Falle der Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin..."), dass ihr Angebot bereits ausgeschieden wurde. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin kann mittels einstweiliger Verfügung nicht rückgängig gemacht werden. Eine etwaige Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin wird vielmehr im Nachprüfungsverfahren geprüft werden. Auch droht der Antragstellerin im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens (das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschieden, die Zuschlagsentscheidung ist noch nicht ergangen) ein Schaden durch die Erteilung des Zuschlages nicht unmittelbar. Dies deshalb, weil die Auftraggeberin im konkreten Fall gemäß Paragraph 131, ff BVergG einen wirksamen Zuschlag nur nach vorheriger Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung und Abwarten der entsprechenden Stillhaltefrist erteilen kann. Die Antragstellerin ist nämlich wegen der rechtzeitigen Anfechtung der Ausscheidensentscheidung als ein "im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" iSd Paragraph 131, BVergG anzusehen, weshalb ihr eine Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben ist vergleiche EB 1171 der Beilagen römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 85). Sollte die Auftraggeberin in der Folge tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben, steht der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit offen, neuerlich einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Deshalb ist im konkreten Fall derzeit eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wäre, nicht ersichtlich.

Weiters verweist die Antragstellerin darauf, dass der ihr drohende Schaden im entgangenen Gewinn, durch frustrierte Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung und Verlust eines Referenzprojektes bestünde. Auch hier gilt, dass dieser möglicherweise drohende Schaden im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd § 328 Abs 1 BVergG derzeit zu beseitigen oder zu verhindern wäre, darstellt. Weiters verweist die Antragstellerin darauf, dass der ihr drohende Schaden im entgangenen Gewinn, durch frustrierte Kosten der Angebotslegung, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung und Verlust eines Referenzprojektes bestünde. Auch hier gilt, dass dieser möglicherweise drohende Schaden im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens keine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG derzeit zu beseitigen oder zu verhindern wäre, darstellt.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zuletzt aktualisiert am

11.05.2009

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