

TE Verg Bescheid 2008/3/14 N/0028-BVA/08/2008-EV25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.03.2008

Norm

BVergG 2006 §329

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 den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "S 36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Örtliche Bauaufsicht" der (öffentlichen) Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008, eingeleitet durch die Antragstellerin A***, über den von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 7.3.2008, sowie über den Gegenantrag der Auftraggeberin wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich der Auftragsvergabe "S 36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2) Örtliche Bauaufsicht" der (öffentlichen) Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) und der im bezeichneten Vergabeverfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008, eingeleitet durch die Antragstellerin A***, über den von der Antragstellerin gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 7.3.2008, sowie über den Gegenantrag der Auftraggeberin wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber aufgetragen wird, die Zuschlagsentscheidung auszusetzen und den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren S36 St. Georgen - Scheibling (2. Teilabschnitt) nicht zu erteilen. Die einstweilige Verfügung werde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens für zwei Monate, begehrt.", wird

teilweise

stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird es für die Dauer des zur Geschäftszahl N/0028-BVA/08/2008 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 18.4.2008, untersagt, im Vergabeverfahren "S

36 Murtal Schnellstraße St. Georgen - Scheifling (Teilabschnitt 2)Örtliche Bauaufsicht", den Zuschlag zu erteilen.

Die Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008 wird für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 18.4.2008 ausgesetzt.

Das zeitlich darüber hinausgehende Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensgang und Sachverhalt

Die Auftraggeberin leitete ca Mitte 2007 ein nicht offenes Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Leistungsvertrags ein, mit dem die Auftraggeberin die Dienstleistungen der örtlichen Bauaufsicht bei der S 36, Murtalschnellstraße, St. Georgen - Scheifling, (Teilabschnitt 2) samt damit sachlich einhergehenden Dienstleistungen beschaffen möchte.

Laut den Vergabeunterlagen der Auftraggeberin, siehe zB auch Blg./5 zum Nachprüfungsantrag, sollten die Leistungen aus dem zu vergebenden Dienstleistungsauftrag im Oktober 2007 beginnen.

In der 2. Stufe des nicht offenen Verfahrens langten ausweislich des Angebotseröffnungsprotokolls 3 Angebote ein.

Die Antragstellerin bot in ihrem Angebot einen von der Auftraggeberin von den Bietern abgefragten Mannmonatssatz von 8.467,-- Euro an. Der Angebotspreis der Antragstellerin betrug 2.800.000,-- Euro.

Eine [im Folgenden als mitbeteiligte bezeichnete] Bietergemeinschaft, bestehend aus der B1*** und weiters aus der B2*** bot einen Mannmonatssatz von 8.346,59 Euro an. Deren Angebotspreis betrug 2.161.767,-- Euro

Eine weitere Bietergemeinschaft bot einen Mannmonatssatz von 9743,86 Euro an. Deren Angebotspreis betrug 3.341.169,00 Euro.

In den von der Auftraggeberin am 11.3.2008 vorgelegten Vergabeunterlagen ist eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, maW den Grundlagen der Angebotserstellung enthalten, die beim Bundesvergabeamt bislang nicht angefochten worden ist. Diese lautet wie folgt:

Bei mehr als 30 % Abweichung nach unten zum Mittelwert der angegebenen Mannmonatssätze in den abgegebenen Angeboten (wobei der Bieter mit den niedrigsten Mannmonatssätzen und der Bieter mit den höchsten Mannmonatssätzen nicht in die Bewertung einbezogen werden, jedoch die Schätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden.

Hervorzuheben ist dabei nochmals nachstehende Passage:

... (wobei der Bieter mit den niedrigsten Mannmonatssätzen und der

Bieter mit den höchsten Mannmonatssätzen nicht in die Bewertung

einbezogen werden, jedoch ...)

Ausweislich der oben wieder gegebenen Mannmonatssätze hätte das Angebot der mitbeteiligten Bietergemeinschaft nach dem isolierten Wortlaut dieser Ausschreibungsberichtigung als billigstes Angebot nicht bewertet werden dürfen. Gleichfalls wäre das teuerste Angebot, gelegt von der weiteren Bietergemeinschaft, von der Bewertung ausgeschlossen gewesen, so dass das bislang von der Auftraggeberin nicht ausgeschiedene Anbot der Antragstellerin das letzte bewertbare Angebot sein könnte.

Die Auftraggeberin versandte am 22.2.2008 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der mitbeteiligten Bietergemeinschaft, welche den billigsten Mannmonatssatz angeboten gehabt hatte und argumentierte gegenüber der nunmehrigen Antragstellerin mit einer durchgeführten Angebotsbewertung, welche ja bei den Bietern mit den höchsten und niedrigsten Mannmonatssätzen nach der zitierten Ausschreibungsberichtigung gerade nicht vorgenommen werden sollte.

Die Antragstellerin focht insbesondere diese Zuschlagsentscheidung (neben der Bezeichnung eines weiteren Anfechtungsgegenstands) am 7.3.2008 beim Bundesvergabeamt an und stellte zur Absicherung ihrer Rechtsgestaltungsbegehren und damit zur Sicherung der eigenen Zuschlagschance den hier spruchgegenständlichen eV - Antrag.

Der Nachprüfungsantrag wird insbesondere auf einen vergaberechtswidrigen Preis der mitbeteiligten Bietergemeinschaft gestützt.

Als Interessen an diesen Sicherungsmaßnahmen legte die Antragstellerin - erkennbar - neben einem drohenden Gewinnentgang und drohenden frustrierten Aufwendungen insbesondere auch eine ihr zu entgehen drohende Unternehmensauslastung dar.

Die Auftraggeberin brachte als Interessen wider die beantragte einstweilige Verfügung (= eV) am 11.3.2008 zusammenfassend vor, dass die Antragstellerin nur einen materiellen Schaden als für die eV sprechend anführt;

dass durch das geplante Straßenprojekt die Ortsbereiche von 2 Gemeinden entlastet werden sollen;

dass die Verkehrsverbindung den Wirtschaftsstandort Österreich stärkt;

dass neben der Reduktion der Umweltbelastungen für Siedlungsräume auch das Unfallrisiko im Vergleich zur derzeit bestehenden Straßenverbindung reduziert werden soll;

dass durch die Festlegung einer Bundesstraße das öffentliche Interesse per se an der Straßenerrichtung dokumentiert ist;

und dass durch die effizientere Abwicklung des Verkehrsflusses und kürzere Wegstrecken volkswirtschaftlich relevant Treibstoff gespart wird.

Rücksichtlich dieser Ausführungen insbesondere zur Gefahr für Leib und Leben verfasste das Bundesvergabeamt am 12.3.2008 eine weitere Note an die Parteien des eV - Verfahrens und die mitbeteiligte Bietergemeinschaft, um die Argumente der Auftraggeberin wider die beantragte eV nochmals zu erörtern.

Diese Note lautet im Wesentlichen:

...

1. 2.Ziffer 2

Allen Adressaten (- der beteiligten Bietergemeinschaft im Rahmen der amtswegigen Wahrheitsfindung ausdrücklich ohne dadurch erfolgende Behandlung als Partei des eV - Verfahrens -) wird es unter Hinweis auf den Schriftsatz namens der Auftraggeberin freigestellt, sich im eV - Verfahren neuerlich

bis 13.3.2008, 14.00 Uhr einlangend im Bundesvergabeamt für oder aber wieder die beantragte eV unter Berücksichtigung der nachstehenden Fragen an die Auftraggeberin zu äußern.

1. 3.Ziffer 3

Die Auftraggeberin wird unter Hinweis auf das am 11.3.2008 mit Herrn S*** geführte Telefonat aufgefordert, bis 13.3.2008, 14.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt nachstehende Informationen mitzuteilen/Fragen zu beantworten:

1. a)Litera a

Wie ist der hier vergabegegenständliche Dienstleistungsauftrag kurz und für einen technische Laien zu beschreiben; was hat der Dienstleistungserbringer wann im Projektablauf, sprich nach der Zuschlagserteilung an ihn zu tun?

1. b)Litera b

In welchem Stadium befindet sich insbesondere die Vergabe der Bauausführung?

1. c)Litera c

Inwieweit erscheint die Vergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrags unter Berücksichtigung des Stands und Fortgangs der sonst zur Straßenerrichtung erforderlichen Tätigkeiten/Vorgänge/Vergaben derart dringend, dass zwingende öffentliche Interessen gegen eine eV - Erlassung zumindest im Ausmaß von 6 Wochen (- § 326 BVergG 2006) sprechen bzw sonstige gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 relevante Interessen die Interessen der

Antragstellerin an der eV zumindest für die Dauer von 6 Wochen überwiegen würden? Inwieweit erscheint die Vergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrags unter Berücksichtigung des Stands und Fortgangs der sonst zur Straßenerrichtung erforderlichen Tätigkeiten/Vorgänge/Vergaben derart dringend, dass zwingende öffentliche Interessen gegen eine eV - Erlassung zumindest im Ausmaß von 6 Wochen (- Paragraph 326, BVergG 2006) sprechen bzw sonstige gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 relevante Interessen die Interessen der Antragstellerin an der eV zumindest für die Dauer von 6 Wochen überwiegen würden?

1. d) Litera d

Warum wurde trotz entsprechender Ankündigungen in den Vergabeunterlagen nicht bereits 2007 vergeben?

1. e) Litera e

Ist es richtig, dass namens der Auftraggeberin argumentiert wird, dass Gefahr für Leib und Leben mitunter insbesondere auch deshalb bestünde, weil sich Fahrzeuglenker nicht an die jeweils verordneten Höchstgeschwindigkeiten auf der aktuell nicht ausgebauten Straße hielten?

Gibt es - betreffend die behaupteten hohen Unfallzahlen - der Auftraggeberin zur Verfügung stehende statistische Daten für den strittigen Straßenabschnitt, zu welchem Anteil sich die Unfälle auf Motorradfahrer an Wochenenden beziehen, die sich nicht straßenverkehrsordnungskonform verhalten haben?

1. f) Litera f

Wäre das aktuelle Verkehrsaufkommen auf dem strittigen Straßenabschnitt teilweise, temporär und insbesondere temporär im Punkte des LKW - Verkehrs auf andere Verkehrsträger verlagerbar, zB auf eine "rollende Landstraße" des Schienenverkehrsnetzes?

...

Die Auftraggeberin führte dazu am 13.3.2008 fristgerecht insbesondere aus,

dass die ausgeschriebenen Leistungen neben der örtlichen Bauaufsicht, also der Bauausführungsüberwachung auch Leistungen mitumfassen würden, die bereits vor der Einleitung der Bauauftragsvergabe zu erbringen wären;

dass die Bauauftragsvergabe maW von Vorleistungen der Örtlichen Bauaufsicht (= ÖBA) abhänge;

dass eine Verzögerung um nur 6 Wochen bei der Vergabe der ÖBA den Bauauftrag um ein Jahr verzögern würde, weil die Mauer zwingend im Dezember 2008 beginnend zu verlegen wäre, dies rücksichtlich der Wassersituation;

dass - rücksichtlich der nicht bereits 2007 erfolgten Vergabe - eben umfangreiche Vorbereitung für diese Vergabe vorzunehmen gewesen wären;

dass die Unfälle eben in Folge ständiger Geschwindigkeitswechsel wegen dann zu hoher Geschwindigkeit passieren würden;

und dass eine Verlegung des LKW - Verkehrs auf die Schiene nur großräumig möglich wäre.

Die Antragstellerin brachte zu den am 12.3.2008 aufgeworfenen Fragen insbesondere ergänzend vor,

dass durch die eV die Arbeitsplätze der Mitarbeiter längerfristig gesichert werden könnten;

dass das zeitliche Voranschreiten der Auftraggeberin im Vergabeverfahren gerade nicht auf eine besondere Dringlichkeit hindeutet;

dass überhaupt erst der UVP - Verfahren durchgeführt werden müsse und danach erst die Materienrechtsverfahren durchzuführen wären, bevor mit den notwendigen Grundeinlösen begonnen werden könnte;

dass die Auftraggeberin branchenbekannt bei tatsächlicher Dringlichkeit ein einstufiges Vergabeverfahren angewendet hätte;

dass durch den Auftragserhalt der Antragstellerin bei dieser Geld erwirtschaftet, die Marktposition gestärkt, Referenzen erworben und Arbeitsplätze gesichert würden.

Das Vorbringen der mitbeteiligten Bietergemeinschaft in deren Eingabe vom 12.3.2008 wäre dahingehend irrelevant, dass der geplante Baubeginn rücksichtlich des laufenden UVP - Verfahrens schon nicht realisierbar wäre.

Die Auftraggeberin habe in ihren Unterlagen selbst ausgeführt, dass die jeweiligen Termine zeitlich nach hinten verschoben werden könnten.

Auch die Antragstellerin habe wie die mitbeteiligte Bietergemeinschaft Vorhaltekosten, zumal die mitbeteiligte Bietergemeinschaft ihr Personal bei einem anderen Dienstleistungsauftrag auf der Westautobahn einsetzen können dürfte und bei Bedarf leicht anderweitiges Zusatzpersonal beschaffen könnte.

Die Vorhaltekosten der mitbeteiligten Bietergemeinschaft würden im Übrigen grundsätzlich bezweifelt.

Die mitbeteiligte Bietergemeinschaft verfasste am 12.3.2008 und 13.3.2008 2 Eingaben an das Bundesvergabeamt, in der sie die Interessensanfrage des Bundesvergabeamts zusammenfassend dahin beantwortete,

dass die Leistungen dieses Dienstleistungsauftrags bereits im Jänner 2008 beginnen hätten sollen, zumal diese Leistungen für Grundeinlösen erforderlich wären, die derenseits für die Bauausführung notwendig wären.

Der mitbeteiligten Bietergemeinschaft würden Vorhaltekosten laut einer von der Akteneinsicht auszunehmenden Beilage entstehen. Durch die streitgegenständliche Beteiligung am Vergabeverfahren wäre hochqualifiziertes Personal gebunden, das anderweitig nicht entsprechend eingesetzt werden könnte.

Die mitbeteiligte Bietergemeinschaft berichtete zudem am 13.3.2008 ihre Parteibezeichnung.

Aus dem vorstehenden Vorbringen ergibt sich vorerst die notorische Tatsache, dass sowohl die Antragstellerin als auch die mitbeteiligte Bietergemeinschaft Personalressourcen für den streitgegenständlichen Dienstleistungsauftrag gebildet haben und durch das Vorhalten dieser Ressourcen die eigene unternehmerische Disposition erschwert wird.

Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich, dass die Antragstellerin bislang nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden wurde. Die insbesondere von der Antragstellerin im Auftragsfall an die mitbeteiligte Bietergemeinschaft geltend gemachten finanziellen und sonstigen Nachteile treten notorisch und glaubwürdig bei einer Bieterin ein, die Aufwand zum Erhalt eines öffentlichen Auftrags investiert hat, den Auftrag aber dann nicht erlangt.

Die von der Auftraggeberin angeführten Interessen wider die eV sind größtenteils Interessen, die notorisch iZm der Schaffung einer höherwertigen Straßeninfrastruktur auftreten.

Soweit die Auftraggeberin die seitens des Bundesvergabeamts am 12.3.2008 gestellte Frage, warum nicht bereits 2007 vergeben worden wäre, obwohl dies in den Vergabeunterlagen derart aufscheint, dahin beantwortet,

dass das Leistungsbild der ÖBA sehr umfassend wäre. Die Erarbeitung dieses Leistungsbilds und die notwendigen Abstimmungen mit der Projektsteuerung, der begleitenden Kontrolle und den sonstigen Projektbeteiligten wären sehr aufwendig und zeitintensiv., unterlässt die Auftraggeberin die Beantwortung der eindeutigen Frage vom 12.3.2008, warum trotz entsprechender Ankündigungen in den Vergabeunterlagen nicht bereits 2007 vergeben wurde?

Die Auftraggeberin wurde zu Beginn des Verfahrens auf die Informationsbefugnisse des Bundesvergabeamts und die diesbezüglichen Säumnisfolgen des § 313 Abs 2 BVergG 2006 hingewiesen. Die Auftraggeberin wurde zu Beginn des Verfahrens auf die Informationsbefugnisse des Bundesvergabeamts und die diesbezüglichen Säumnisfolgen des Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 hingewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und den Vergabeunterlagen; und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw aus - bezeichneten - notorischen Tatsachen.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

Die Auftraggeberin ist eine dem Bund zurechenbare Unternehmung, die gemäß Art 126b Abs 2 B-VG der Rechnungshofkontrolle unterliegt. Die (Finanzierung der) Errichtung von Autobahnen und Schnellstraßen gemäß Bundesstraßengesetz ist eine Aufgabe im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art ist. Die Auftraggeberin ist damit eine öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 idgF, die der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 unterliegt. Soweit für das Provisorialverfahren relevant, hat die

Antragstellerin den Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 321 BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß § 318 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 bezahlt und mit der Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008 eine gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichnet. Der Provisorialantrag hat in einer Gesamtbewertung der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, die Inhalte, wie sie insbesondere durch § 328 Abs 2 BVergG 2006 verlangt werden. Die Auftraggeberin ist eine dem Bund zurechenbare Unternehmung, die gemäß Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG der Rechnungshofkontrolle unterliegt. Die (Finanzierung der) Errichtung von Autobahnen und Schnellstraßen gemäß Bundesstraßengesetz ist eine Aufgabe im Allgemeininteresse, die nicht gewerblicher Art ist. Die Auftraggeberin ist damit eine öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 idgF, die der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamts gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 unterliegt. Soweit für das Provisorialverfahren relevant, hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 321, BVergG 2006 fristgerecht eingebracht, die geschuldeten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 bezahlt und mit der Zuschlagsentscheidung vom 22.2.2008 eine gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichnet. Der Provisorialantrag hat in einer Gesamtbewertung der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts, die Inhalte, wie sie insbesondere durch Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 verlangt werden.

Gemäß § 345 Abs 13 BVergG 2006, BGBl I 2007/86 findet gegenständlich auf das 2007 eingeleitete Vergabeverfahren die Stammfassung des BVergG 2006 gemäß BGBl I 2006/17 Anwendung, während das Nachprüfungs- und eV - Verfahren nach dem BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86 zu führen ist. Für die hier zu treffende Provisorialentscheidung erscheint die Novellierung des BVergG 2006 jedoch primär nur im Bereich der Pauschalgebühren spruchrelevant. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2007/86 findet gegenständlich auf das 2007 eingeleitete Vergabeverfahren die Stammfassung des BVergG 2006 gemäß BGBl römisch eins 2006/17 Anwendung, während das Nachprüfungs- und eV - Verfahren nach dem BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 zu führen ist. Für die hier zu treffende Provisorialentscheidung erscheint die Novellierung des BVergG 2006 jedoch primär nur im Bereich der Pauschalgebühren spruchrelevant.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen.

Zum Sicherungsbegehren ist auszuführen, dass nach dem eindeutig erkennbaren Parteiwillen - § 13 AVG - die Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß § 328 Abs 5 BVergG 2006 begehrt wurde. Die Auftraggeberin wurde am 7.3.2008 - mit der Folge des nichtigkeitsbedrohten Zuschlagsverbots - von diesem Antrag verständigt. Zum Sicherungsbegehren ist auszuführen, dass nach dem eindeutig erkennbaren Parteiwillen - Paragraph 13, AVG - die Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006 begehrt wurde. Die Auftraggeberin wurde am 7.3.2008 - mit der Folge des nichtigkeitsbedrohten Zuschlagsverbots - von diesem Antrag verständigt.

Bislang wurden weder eine Zuschlagserteilung noch ein Widerruf behauptet, so dass die Provisorialentscheidung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 zulässig erscheint. Bislang wurden weder eine Zuschlagserteilung noch ein Widerruf behauptet, so dass die Provisorialentscheidung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 zulässig erscheint.

Dass die Antragstellerin in ihrem Sicherungsbegehren den Begriff Scheibling an Stelle der Bezeichnung Scheifling verwendete, erscheint dabei ein offenkundiger Schreibfehler, der gemäß § 13 AVG irrelevant ist. Dass die Antragstellerin in ihrem Sicherungsbegehren den Begriff Scheibling an Stelle der Bezeichnung Scheifling verwendete, erscheint dabei ein offenkundiger Schreibfehler, der gemäß Paragraph 13, AVG irrelevant ist.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrags

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.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 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 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts 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 eins, BVergG 2006 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 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamts 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.

Nach § 329 Abs 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

In Gegenüberstellung der Interessen der Antragstellerin an der eV und der mitbeteiligten Bietergemeinschaft wider die eV ist darauf hinzuweisen, dass § 329 Abs 1 BVergG 2006 ein Überwiegen der Interessen der mitbeteiligten Bietergemeinschaft verlangt, um die Interessensabwägung zu Lasten der Antragstellerin ausgehen zu lassen. In Gegenüberstellung der Interessen der Antragstellerin an der eV und der mitbeteiligten Bietergemeinschaft wider die eV ist darauf hinzuweisen, dass Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 ein Überwiegen der Interessen der mitbeteiligten Bietergemeinschaft verlangt, um die Interessensabwägung zu Lasten der Antragstellerin ausgehen zu lassen.

Da diese fraglichen Unternehmerinteressen bereits auf Basis des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art 2 StGG als grundsätzlich gleich zu bewerten sind und zudem bislang keine besonderen Umstände behauptet wurden, die eine Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen, werden die Interessen an der Sicherungsmaßnahme insoweit nicht durch die Interessen wider die Sicherungsmaßnahmen überwogen. Da diese fraglichen Unternehmerinteressen bereits auf Basis des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Artikel 2, StGG als grundsätzlich gleich zu

bewerten sind und zudem bislang keine besonderen Umstände behauptet wurden, die eine Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen, werden die Interessen an der Sicherungsmaßnahme insoweit nicht durch die Interessen wider die Sicherungsmaßnahmen überwogen.

Die Interessen der mitbeteiligten Bietergemeinschaft führen daher nicht zur Abweisung des Sicherungsbegehrens.

Die von der Auftraggeberin angezogenen Interessen stellen notorisch Interessen dar, wie diese gerade typisch berührt werden, wenn eine geringwertige Straßenverbindung in eine leistungsfähigere Straße ausgebaut werden soll.

Zu beachten ist dabei nunmehr, dass die Auftraggeberin eine Antwort dafür schuldig geblieben ist, warum sie - entgegen ihren eigenen Unterlagen - nicht bereits 2007 vergeben hat. Der allgemeine Hinweis auf den Aufwand iZm der streitgegenständlichen Ausschreibung ohne Konkretisierung, was konkret - und ohne Verschulden der Auftraggeberin - Ursache der Verzögerung gewesen ist, ist nämlich gerade nicht die Antwort, die das Bundesvergabeamt von der Auftraggeberin verlangt hat. Insoweit trägt bereits die Säumnis der Auftraggeberin im Verfahren gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 die Verhängung der eV. Unbeschadet dieser Säumnisbegründung ist auf den Beschluss des VwGH vom 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4 hinzuweisen, mit dem einem Bescheid des Bundesvergabeamts vorläufig die Wirkung genommen wurde und die Sperrwirkung des § 328 Abs 5 BVergG 2006, also das gesetzlich durch Antragsverständigung eintretende Zuschlagsverbot wieder hergestellt wurde, nachdem das Bundesvergabeamt im angefochtenen Bescheid einen Antrag auf Zuschlagsuntersagung abgewiesen hatte. Zu beachten ist dabei nunmehr, dass die Auftraggeberin eine Antwort dafür schuldig geblieben ist, warum sie - entgegen ihren eigenen Unterlagen - nicht bereits 2007 vergeben hat. Der allgemeine Hinweis auf den Aufwand iZm der streitgegenständlichen Ausschreibung ohne Konkretisierung, was konkret - und ohne Verschulden der Auftraggeberin - Ursache der Verzögerung gewesen ist, ist nämlich gerade nicht die Antwort, die das Bundesvergabeamt von der Auftraggeberin verlangt hat. Insoweit trägt bereits die Säumnis der Auftraggeberin im Verfahren gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 die Verhängung der eV. Unbeschadet dieser Säumnisbegründung ist auf den Beschluss des VwGH vom 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4 hinzuweisen, mit dem einem Bescheid des Bundesvergabeamts vorläufig die Wirkung genommen wurde und die Sperrwirkung des Paragraph 328, Absatz 5, BVergG 2006, also das gesetzlich durch Antragsverständigung eintretende Zuschlagsverbot wieder hergestellt wurde, nachdem das Bundesvergabeamt im angefochtenen Bescheid einen Antrag auf Zuschlagsuntersagung abgewiesen hatte.

Der VwGH hat in diesem Beschluss letztlich das Interesse an der Wahrung der Zuschlagschance dem Interesse am baldigen Zuschlag gegenüber gestellt und ausgeführt, dass bei einem bereits länger dauernden Vergabeverfahren die bloße Zuschlagsverzögerung das Interesse an der Wahrung der Zuschlagschance nicht überwiegen kann.

Diese Interessensabwägung ist auf jene gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 in Gegenüberstellung der Interessen der Antragstellerin und der Auftraggeberin übertragbar. Diese Interessensabwägung ist auf jene gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 in Gegenüberstellung der Interessen der Antragstellerin und der Auftraggeberin übertragbar.

Das Vergabeverfahren zur Vergabe des strittigen Dienstleistungsauftrags dauert seit Mitte 2007 und sollte im Herbst 2007 beendet werden. Warum das Vergabeverfahren nicht 2007 beendet wurde, und wer dies schuldhaft zu vertreten hat, hat die Auftraggeberin keinesfalls schlüssig dargelegt.

Mangels erkennbarer Interessen, warum das Vergabeverfahren ohne Verschulden der Auftraggeberin bis jetzt andauert, ist daher ein Zeitraum von 6 Wochen als der gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Höchstentscheidungszeitraum für den Nachprüfungsantrag gemäß § 326 BVergG 2006 im Rahmen der Interessensabwägung derart zu bewerten, dass jedenfalls für diesen Zeitraum die Interessen an der Sicherungsmaßnahme nicht überwogen werden. Mangels erkennbarer Interessen, warum das Vergabeverfahren ohne Verschulden der Auftraggeberin bis jetzt andauert, ist daher ein Zeitraum von 6 Wochen als der gesetzlich grundsätzlich vorgesehene Höchstentscheidungszeitraum für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 im Rahmen der Interessensabwägung derart zu bewerten, dass jedenfalls für diesen Zeitraum die Interessen an der Sicherungsmaßnahme nicht überwogen werden.

Die angezogenen Interessen wider die eV im Punkte der Unfallsvermeidung können dabei auch zu keinem anderen Interesse führen, zumal die Auftraggeberin in ihren Eingaben das erhöhte Unfallrisiko selbst in direkte Verbindung mit ihr notorischen Geschwindigkeitsüberschreitungen bringt. Derartiges würde nämlich dazu führen, dass durch notorische Rechtswidrigkeiten Dritter im Straßenverkehr bei der öffentlichen Hand zu argumentieren wäre, man

müsste Straßenverkehrswidrigkeiten durch permanenten Straßenausbau - und gerade nicht durch entsprechende Behördensanktionen - vermeiden. Ein derart öffentliches Interesse am Straßenwegeausbau existiert nach der hier vertretenen Auffassung aber gerade nicht. Das Unfallrisiko könnte diesbezüglich im Rahmen des Legalitätsprinzips durch entsprechende Exekutivmaßnahmen gemäß StVO und FSG sehr rasch gemindert werden, ohne dass der gemeinschaftsrechtlich gebotene Primärrechtsschutz beeinträchtigt würde.

Die sonstigen Interessen der Auftraggeberin wider die eV stellen wie gesagt typisch beim Straßenbau auftretende Interessen dar, die die Interessen der Antragstellerin an der Sicherungsmaßnahme nicht überwiegen können, da ansonsten der Provisorialrechtsschutz beim Straßenaus- und -neubau stetig zu versagen wäre. Dies kann aber dem Gesetzgeber gemeinschaftsrechtskonform nicht zugesonnen werden, zumal die RL 89/665/EWG einen effektiven Primärrechtsschutz verlangt.

Die verhängte Maßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist ein geeignetes und jedenfalls auch das gelindeste Mittel, um die Zuschlagschance der Antragstellerin zu wahren - § 329 Abs 2 BVergG 2006. Die verhängte Maßnahme der Untersagung der Zuschlagserteilung ist ein geeignetes und jedenfalls auch das gelindeste Mittel, um die Zuschlagschance der Antragstellerin zu wahren - Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006.

Die zusätzlich verfügte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung belastet die Auftraggeberin nicht zusätzlich und gewährleistet einen effektiven Primärrechtsschutz iS der RL 89/665/EWG rücksichtlich jener Rechtsauffassungen, die besagen, dass ein entgegen einem Zuschlagsverbot gemäß § 329 Abs 2 BVergG 2006 erfolgter Zuschlag rechtswirksam und bloß rechtswidrig wäre - zu dieser Rechtsfrage siehe zB BVA 27.9.2007, N/0087-BVA/08/2007- EV27. Die zusätzlich verfügte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung belastet die Auftraggeberin nicht zusätzlich und gewährleistet einen effektiven Primärrechtsschutz iS der RL 89/665/EWG rücksichtlich jener Rechtsauffassungen, die besagen, dass ein entgegen einem Zuschlagsverbot gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 erfolgter Zuschlag rechtswirksam und bloß rechtswidrig wäre - zu dieser Rechtsfrage siehe zB BVA 27.9.2007, N/0087-BVA/08/2007- EV27.

Der Verbotszeitraum und der korrespondierende Aussetzungszeitraum war gegenständlich für die Höchstdauer von 6 Wochen auszusprechen, zumal der Gesetzgeber gemäß § 326 BVergG 2006 eine entsprechend korrespondierende Grundwertung zur Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung aufgestellt hat. Interessen, die nicht einmal diesen Zeitraum für eine Provisorialmaßnahme zulässig erscheinen ließen, sind nicht vorgebracht und auch sonst nicht bekannt geworden - § 329 Abs 1 BVergG 2006. Der Verbotszeitraum und der korrespondierende Aussetzungszeitraum war gegenständlich für die Höchstdauer von 6 Wochen auszusprechen, zumal der Gesetzgeber gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 eine entsprechend korrespondierende Grundwertung zur Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung aufgestellt hat. Interessen, die nicht einmal diesen Zeitraum für eine Provisorialmaßnahme zulässig erscheinen ließen, sind nicht vorgebracht und auch sonst nicht bekannt geworden - Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006.

Entsprechend sind aber auch derzeit keine Interessen an einem längerem Verbotszeitraum erkennbar, zumal das Bundesvergabeamt sehr rasch eine mündliche Verhandlung - derzeit am 26.3.2008 ab 13.00 Uhr - plant, da die Auftraggeberin ein nach einer Ausschreibungsberichtigung allenfalls nicht bewertbares Angebot in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vorläufig ausgewählt haben dürfte. Sollte sich nach Erörterung dieses Aspekts dennoch weiterhin die von der Antragstellerin behauptete Sachverständigenbestellung als notwendig erweisen, wird spätestens am 18.4.2008 gemäß § 329 Abs 3 BVergG 2006 neu zu befinden sein. Das zeitliche Mehrbegehren der Antragstellerin war daher abzuweisen. Entsprechend sind aber auch derzeit keine Interessen an einem längerem Verbotszeitraum erkennbar, zumal das Bundesvergabeamt sehr rasch eine mündliche Verhandlung - derzeit am 26.3.2008 ab 13.00 Uhr - plant, da die Auftraggeberin ein nach einer Ausschreibungsberichtigung allenfalls nicht bewertbares Angebot in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vorläufig ausgewählt haben dürfte. Sollte sich nach Erörterung dieses Aspekts dennoch weiterhin die von der Antragstellerin behauptete Sachverständigenbestellung als notwendig erweisen, wird spätestens am 18.4.2008 gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 neu zu befinden sein. Das zeitliche Mehrbegehren der Antragstellerin war daher abzuweisen.

Schlagworte

Untersagung der Zuschlagserteilung, Aussetzung der Zuschlagsentscheidung;

Dokumentnummer

VERGT_20080314_N_0028_BVA_08_2008_EV25_00

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