

TE Verg Bescheid 2007/11/15 N/0107-BVA/14/2007-11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.11.2007

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 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGN", des Auftraggebers ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, vertreten durch die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7.11.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8.11.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend die Auftragsvergabe "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGN", des Auftraggebers ASFINAG

Autobahn Service GmbH Nord, Traunuferstraße 9, 4052 Ansfelden, vertreten durch die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7.11.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 8.11.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Stellung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGN" den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Stellung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGN" den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 20.12.2007, untersagt, im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGN", den Zuschlag zu erteilen. Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 20.12.2007, untersagt, im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGN", den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 7.11.2007 brachte die A*** (im Folgenden Antragsteller) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein und stellte gleichzeitig Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung. Weiters begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht sowie die Auferlegung der entrichteten Pauschalgebühren an den Auftraggeber.

Der Antragsteller brachte im Wesentlichen vor:

Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord habe als Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag am 18.9.2007 im Amtsblatt der EG unter der Zahl 2007/S 179-218871 veröffentlicht. Es handle sich um einen Lieferauftrag im Oberschwedenbereich. Die Ausschreibung sei im offenen Verfahren erfolgt, wobei der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden solle.

Mit Telefax vom 25.10.2007 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass sein Angebot ausgeschieden werde. Am selben Tag sei der Antragsteller per Telefax auch von der Zuschlagsentscheidung, lautend auf die B***, in Kenntnis gesetzt worden. Bekämpft werden die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung.

Die Angebotsfrist sei am 10.10.2007, 12.59 Uhr, abgelaufen. Insgesamt hätten fünf Bieter Angebote gelegt. Auch der Antragsteller habe fristgerecht am 10.10.2007, 12.46 Uhr, ein Angebot gelegt. Sein Angebot erfülle alle formalen Vorgaben der Ausschreibung und sei daher einer inhaltlichen Prüfung durch den Auftraggeber zu unterziehen gewesen. Seitens des Auftraggebers sei es zu keinen Aufklärungsfragen bezüglich seines Angebotes gekommen.

In der Mitteilung der Ausscheidensentscheidung mit Telefax vom 25.10.2007 habe der Auftraggeber begründend angeführt, dass die vom Antragsteller beigelegte Bankgarantie nicht dem Muster entsprechen würde, welches als Anlage der Ausschreibungsunterlage beigelegt gewesen sei. Nach Auffassung des Auftraggebers sei der vom Antragsteller in seinem Angebot beigefügte Bankgarantie zu entnehmen, dass im Fall ihrer Ziehung Zahlungen innerhalb von drei Bankarbeitagen zu leisten wären und nicht - wie in der Ausschreibung vorgesehen - innerhalb von drei Tagen. Des weiteren sei vom Auftraggeber geltend gemacht worden, dass das vom Antragsteller namhaft gemachte Referenzprojekt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht den Ausschreibungsvorgaben entspreche, da es nicht die festgelegten Qualitätsanforderungen (Gleichwertigkeit des Referenzprojektes hinsichtlich der Kornverteilung) erfüllen würde.

Der Antragsteller habe sein Interesse am Vertragsabschluss durch die Legung eines Angebotes dokumentiert. Sein besonderes Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich daraus, dass er auf den Handel mit unter anderem Auftausalzen, spezialisiert sei. Da der Antragsteller beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen, insbesondere mit vergleichbaren Leistungsinhalten, zu beteiligen, sei der gegenständliche Auftrag ein wichtiges Referenzprojekt. Gerade dieser Schaden sei nur durch die Nichtigerklärung der Ausscheidens- und

Zuschlagsentscheidung zu verhindern.

Durch das rechtswidrige Ausscheiden seines Angebotes sowie durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung würden dem Antragsteller neben dem Entgang eines wichtigen Referenzprojektes auch der Entgang des Deckungsbeitrages in Höhe von ca. 8% des Angebotspreises (ca. Euro 119.000,--) drohen. Darüber hinaus drohe durch die frustrierten Kosten der Angebotslegung ein Schaden in Höhe von zumindest Euro 5.000,--. Bestandteil des Schadens seien auch die entrichteten Pauschalgebühren und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Nichtausscheiden seines ausschreibungskonformen Angebotes, in seinem Recht auf eine zu seinen Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung sowie in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlags als Bestbieter, verletzt.

Zur Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung:

Die vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidensgründe würden nicht vorliegen. Die Bankgarantie des Antragstellers erfülle die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen. Gemäß Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage sei dem Angebot der Nachweis der Legung eines Vadiums in Höhe von Euro 10.000,-- laut beiliegendem Muster (Anlage 1) oder einer gleichwertigen Sicherstellung iSd § 85 Abs. 2 BVergG 2006 beizulegen gewesen. Pkt. 2 letzter Satz des als Anlage 1 der Ausschreibungsunterlage beigefügten Bankgarantiemusters laute: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Tagen nach Einlangen Ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto". Die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie habe diesbezüglich die Formulierung: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Bankwerktagen nach Einlangen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto" enthalten. Die vom Auftraggeber herangezogenen Ausscheidensgründe würden nicht vorliegen. Die Bankgarantie des Antragstellers erfülle die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen. Gemäß Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage sei dem Angebot der Nachweis der Legung eines Vadiums in Höhe von Euro 10.000,-- laut beiliegendem Muster (Anlage 1) oder einer gleichwertigen Sicherstellung iSd Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006 beizulegen gewesen. Pkt. 2 letzter Satz des als Anlage 1 der Ausschreibungsunterlage beigefügten Bankgarantiemusters laute: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Tagen nach Einlangen Ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto". Die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie habe diesbezüglich die Formulierung: "Zahlungen erfolgen innerhalb von drei Bankwerktagen nach Einlangen ihrer ergehenden schriftlichen Aufforderung durch Überweisung auf ein uns bekannt zu gebendes Konto" enthalten.

Die von der Antragstellerin beigelegte Bankgarantie weiche materiell nicht von den Vorgaben der Ausschreibung ab. Dies ergebe sich auch auf Grund der Auslegungsregeln des ABGB. Die Interpretation sowohl der Ausschreibungsunterlagen als auch der Angebote habe nach den für die Auslegung von Willenserklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Auslegungsgrundsätzen zu erfolgen (§§ 914f ABGB). Danach sei eine Erklärung so auszulegen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspreche, wie diese also ein verständiger Erklärungsempfänger zu verstehen habe. Blieben dennoch Zweifel, so sei die Erklärung zum Nachteil desjenigen auszulegen, der sich der undeutlichen Formulierung bedient habe. Die von der Antragstellerin beigelegte Bankgarantie weiche materiell nicht von den Vorgaben der Ausschreibung ab. Dies ergebe sich auch auf Grund der Auslegungsregeln des ABGB. Die Interpretation sowohl der Ausschreibungsunterlagen als auch der Angebote habe nach den für die Auslegung von Willenserklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Auslegungsgrundsätzen zu erfolgen (Paragraphen 914 f, ABGB). Danach sei eine Erklärung so auszulegen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspreche, wie diese also ein verständiger Erklärungsempfänger zu verstehen habe. Blieben dennoch Zweifel, so sei die Erklärung zum Nachteil desjenigen auszulegen, der sich der undeutlichen Formulierung bedient habe.

Jeder verständige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr wisse, dass Banküberweisungen üblicherweise einige Tage in Anspruch nehmen würden. Auch sei jedermann bekannt, dass Banküberweisungen an gesetzlichen Feiertagen und Wochenenden nicht durchgeführt würden. Wolle man einem Auftraggeber nicht unterstellen, dass er Unmögliches ausschreiben bzw. verlangen wolle, sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber die Abläufe im Wirtschaftsverkehr kenne. Die Vorgabe des Auftraggebers im Mustertext für die Bankgarantie könne also nur so zu verstehen sein, dass unter "Tagen" selbstverständlich Arbeitstage und nicht Kalendertage zu verstehen seien. Andernfalls würde im Fall des Abrufes der Garantie an einem Feiertag die Einhaltung der Frist regelmäßig ein Problem darstellen. Die Vorgabe

"binnen 3 Tagen" laut Muster für die Bankgarantie könne im Lichte der §§ 914f ABGB nur so verstanden werden, dass es sich um Bankarbeitstage handle. Im sicherungsrelevanten Zeitraum seien überdies Arbeitstage ident mit Bankwerktagen, sodass die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie inhaltlich vollständig den Vorgaben der Ausschreibung entspreche. Jeder verständige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr wisse, dass Banküberweisungen üblicherweise einige Tage in Anspruch nehmen würden. Auch sei jedermann bekannt, dass Banküberweisungen an gesetzlichen Feiertagen und Wochenenden nicht durchgeführt würden. Wollte man einem Auftraggeber nicht unterstellen, dass er Unmögliches ausschreiben bzw. verlangen wolle, sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber die Abläufe im Wirtschaftsverkehr kenne. Die Vorgabe des Auftraggebers im Mustertext für die Bankgarantie könne also nur so zu verstehen sein, dass unter "Tagen" selbstverständlich Arbeitstage und nicht Kalendertage zu verstehen seien. Andernfalls würde im Fall des Abrufes der Garantie an einem Feiertag die Einhaltung der Frist regelmäßig ein Problem darstellen. Die Vorgabe "binnen 3 Tagen" laut Muster für die Bankgarantie könne im Lichte der Paragraphen 914 f, ABGB nur so verstanden werden, dass es sich um Bankarbeitstage handle. Im sicherungsrelevanten Zeitraum seien überdies Arbeitstage ident mit Bankwerktagen, sodass die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie inhaltlich vollständig den Vorgaben der Ausschreibung entspreche.

Wollte man diesem Auslegungsergebnis nicht folgen, wäre die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie jedoch immer noch ausschreibungskonform: Die von der Bank des Antragstellers verwendete Textierung stelle jedenfalls eine im Sinne von Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage "gleichwertige Sicherstellung iSd § 85 Abs. 2 BVergG 2006", dar. Im § 85 Abs. 2 BVergG werde es dem Bieter freigestellt, die Bankgarantie durch andere Sicherungsmittel zu ersetzen. Die Garantie könne ex lege durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Das Gesetz verfolge seiner Intention nach lediglich ein materielles Sicherungsinteresse. Es sei einem Auftraggeber daher verwehrt, sich auf ein bestimmtes Sicherungsinstrument zu versteifen, solange nur das materielle Sicherungsinteresse gewahrt sei. Einem Auftraggeber sei es gesetzlich verwehrt, sich auf eine Bankgarantie als einzig zulässiges Mittel für ein Vadium zu versteifen. Noch weniger könne es einem Auftraggeber nach dem Telos des Gesetzes erlaubt sein, sich auf eine bestimmte Formulierung des Garantietextes zu kaprizieren, wenn dem materiellen Sicherungsinteresse auch durch eine andere Formulierung entsprochen werde. Gerade dies sei hier der Fall. Die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie entspreche materiell dem Sicherungsinteresse des Auftraggebers und müsse daher von diesem gemäß § 85 BVergG zwingend akzeptiert werden. Ein Ausscheiden des Angebots des Antragstellers aus diesem Grund sei daher unzulässig. Wollte man diesem Auslegungsergebnis nicht folgen, wäre die vom Antragsteller dem Angebot beigelegte Bankgarantie jedoch immer noch ausschreibungskonform: Die von der Bank des Antragstellers verwendete Textierung stelle jedenfalls eine im Sinne von Teil A.14 der Ausschreibungsunterlage "gleichwertige Sicherstellung iSd Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006", dar. Im Paragraph 85, Absatz 2, BVergG werde es dem Bieter freigestellt, die Bankgarantie durch andere Sicherungsmittel zu ersetzen. Die Garantie könne ex lege durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Das Gesetz verfolge seiner Intention nach lediglich ein materielles Sicherungsinteresse. Es sei einem Auftraggeber daher verwehrt, sich auf ein bestimmtes Sicherungsinstrument zu versteifen, solange nur das materielle Sicherungsinteresse gewahrt sei. Einem Auftraggeber sei es gesetzlich verwehrt, sich auf eine Bankgarantie als einzig zulässiges Mittel für ein Vadium zu versteifen. Noch weniger könne es einem Auftraggeber nach dem Telos des Gesetzes erlaubt sein, sich auf eine bestimmte Formulierung des Garantietextes zu kaprizieren, wenn dem materiellen Sicherungsinteresse auch durch eine andere Formulierung entsprochen werde. Gerade dies sei hier der Fall. Die vom Antragsteller gelegte Bankgarantie entspreche materiell dem Sicherungsinteresse des Auftraggebers und müsse daher von diesem gemäß Paragraph 85, BVergG zwingend akzeptiert werden. Ein Ausscheiden des Angebots des Antragstellers aus diesem Grund sei daher unzulässig.

Der vom Auftraggeber herangezogene Ausscheidensgrund sei auch deshalb nicht gerechtfertigt, da dieser während der Angebotsprüfung auf einfache Weise behoben werden hätte können. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Mangel behebbar oder unbehebbar sei, komme es auf einen objektiven Maßstab an. Das Fehlen der grundsätzlich mit dem Angebot abzugebenden Bankgarantie sei auch vom VKS Wien und vom Bundesvergabeamt bereits als behebbarer Mangel angesehen worden. Wenn sogar das gänzliche Fehlen einer Bankgarantie als verbesserungsfähiger Mangel anzusehen sei, müsse dieses Ergebnis umso mehr für den Fall gelten, dass gegenständlich eine gültige und materiell ausreichende Sicherheit mit dem Angebot abgegeben worden sei. Reiche ein Bieter in weiterer Folge eine nach den Wünschen des Auftraggebers adaptierte Bankerklärung nach, werde hierdurch seine Position in keiner Weise verbessert. Insbesondere könne er durch den Austausch seiner Bankgarantie den Angebotsinhalt nicht ändern. Auch

könne er das bereits rechtswirksam abgegebene Garantieversprechen der besichernden Bank nicht ungeschehen machen. Der Auftraggeber hätte den Antragsteller zur Mängelbehebung auffordern müssen. Dadurch, dass dies nicht geschehen sei, werde die bekämpfte Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

Fälschlicherweise stütze der Auftraggeber das Ausscheiden des Angebots des Antragstellers auch auf die Behauptung, dass das von ihm genannte Referenzprojekt den Vorgaben der Ausschreibung nicht entsprechen würde. Die Ausschreibung (Pkt. 9.2.3, Teil A) sehe für Referenzprojekte zwei Aspekte vor:

- -Strichaufzählung
Eine Auftragssumme von über Euro 700.000,--

Dieser Aspekt sei vom Referenzprojekt des Antragstellers zweifellos übererfüllt worden.

- -Strichaufzählung
Die Qualität des im Rahmen des Referenzprojektes gelieferten Auftausalzes, welche gleichwertig im Bezug auf die in Pkt. 2 der in Teil C der Ausschreibungsunterlage festgelegten Qualitätsanforderungen sein müsse.

"Gleichwertig" in diesem Sinne könne wohl nur "zumindest gleich hochwertig, wenn nicht höherwertig", bedeuten. Genau dies sei aber beim Referenzprojekt des Antragstellers der Fall gewesen. Der Auftraggeber habe die Gleichwertigkeit nicht einmal im Detail überprüft, sondern habe sich mit der Pauschalaussage begnügt, dass eine Gleichwertigkeit hinsichtlich der Kornverteilung nicht vorliegen würde. Beim Referenzprojekt des Antragstellers seien exakt dieselben Vorgaben zu erfüllen gewesen, die vom Auftraggeber in der gegenständlichen Ausschreibung gefordert würden. Der Vorwurf des Auftraggebers sei daher ungerechtfertigt. Eine Nachfrage beim Antragsteller hätte allfällige Zweifel an der Gleichwertigkeit und damit an der Tauglichkeit der Referenz zerstreut. Dies gelte im Übrigen auch für alle sonstigen Qualitätsparameter gemäß Pkt. 2.3.1 des Teiles C der Ausschreibung. Der Antragsteller habe beim Referenzprojekt sämtliche Qualitätskriterien übererfüllt. Auch komme es nicht auf die vertraglichen Vorgaben des Referenzprojektes, sondern auf die tatsächlich gelieferte Qualität an. Nachdem die dem Antragsteller attestierte Qualität sogar über die Anforderungen hinausgegangen sei, dürfe sich der Antragsteller auch diese höhere Qualität zurechnen.

Wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten ergeben oder vom Auftraggeber Mängel festgestellt würden und diese Unklarheiten für die Beurteilung des Angebotes von Bedeutung seien, sei vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Der Auftraggeber habe es unterlassen, den Antragsteller zur Aufklärung der - seiner Auffassung nach vorliegenden - Mängel aufzufordern. Dadurch werde die durchgeführte Angebotsprüfung mit Rechtswidrigkeit belastet. In der Folge seien auch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Bei rechtsrichtiger Vorgangsweise hätte das Angebot des Antragstellers nicht ausgeschieden werden dürfen. Der Antragsteller hätte aufgrund seines Preisvorsprunges und der angebotenen Qualität als Bestbieter hervorgehen müssen. Jede Zuschlagsentscheidung an einen anderen Bieter sei schon deswegen rechtswidrig. Beim Zuschlagskriterium "Preis" sei das Angebot des Antragstellers mit der Maximalpunktezahl von 94 zu bewerten gewesen, da es das preislich günstigste Angebot gewesen sei. Demgegenüber hätte das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in diesem Kriterium nur 89,9 Punkte erreichen dürfen. Beim Kriterium "Qualität" hätte der Antragsteller aufgrund seines Qualitätsangebotes zumindest 2,14 Punkte erhalten müssen. Selbst wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger bei diesem Kriterium die Maximalpunkteanzahl erhalten hätte, wäre dessen Angebot mit maximal insgesamt 95,8 Punkten zu bewerten gewesen. Der Antragsteller hätte hingegen insgesamt 96,14 Punkte erreichen müssen.

Der Erlassung der einstweiligen Verfügung würden keine besonderen Interessen sonstiger Bewerber, insbesondere auch nicht des präsumtiven Zuschlagsempfängers, entgegenstehen. Eine durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung bewirkte Verzögerung des Vergabeverfahrens sei von den übrigen Bietern in Kauf zu nehmen. Einer einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe auch kein allfälliges besonderes Interesse des Auftraggebers entgegen. Es finde sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Eine Gefahr für Leib und Leben der Straßenverkehrsteilnehmer bzw. ein vom Auftraggeber immer wieder behaupteter Versorgungsengpass, seien in der Vergangenheit bisher nicht eingetreten. Gerade aufgrund des milden Winters im vergangenen Jahr und der zeitlich stark verzögerten Vergabe zur Ausschreibung "Salz Sommer Einlagerung 2006/2007" sei davon auszugehen, dass der Auftraggeber über

ausreichende Vorräte verfüge, um sein Versorgungsgebiet für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens mit Straßensalz zu bedienen.

Der Umstand, dass der Auftraggeber Bedarf an Auftausalzen für den Winter habe, sei ihm langfristig im Vorhinein bekannt gewesen. Dessen ungeachtet sei der gegenständliche Auftrag erst am 18.9.2007 bekannt gemacht worden. Zudem habe der Auftraggeber von der Möglichkeit einer Verfahrensverkürzung gemäß § 62 BVergG keinen Gebrauch gemacht. Auch sei die Zuschlagsfrist mit zwei Monaten festgelegt. Dieser Termin entspreche damit exakt der zweiwöchigen Stillhaltefrist einschließlich der maximal sechswöchigen Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes. Der Umstand, dass der Auftraggeber Bedarf an Auftausalzen für den Winter habe, sei ihm langfristig im Vorhinein bekannt gewesen. Dessen ungeachtet sei der gegenständliche Auftrag erst am 18.9.2007 bekannt gemacht worden. Zudem habe der Auftraggeber von der Möglichkeit einer Verfahrensverkürzung gemäß Paragraph 62, BVergG keinen Gebrauch gemacht. Auch sei die Zuschlagsfrist mit zwei Monaten festgelegt. Dieser Termin entspreche damit exakt der zweiwöchigen Stillhaltefrist einschließlich der maximal sechswöchigen Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes.

Infolge des außergewöhnlichen milden Winters 2006/2007 seien die Salzlagerbestände des Auftraggebers nicht annähernd aufgebraucht worden. Selbst wenn diese Bestände knapp geworden sein sollten, seien diese längst durch entsprechende Sommereinlagerungen ausgeglichen worden. Infolge des außergewöhnlichen milden Winters 2006/2007, seien die Salzlagerbestände des Auftraggebers nicht annähernd aufgebraucht worden. Selbst wenn diese Bestände knapp geworden sein sollten, seien diese längst durch entsprechende Sommereinlagerungen ausgeglichen worden.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2007 gab der Auftraggeber bekannt, in Kenntnis der ständigen Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes und des dabei regelmäßig entscheidungsrelevanten Vorranges des vergaberechtlichen Provisorialschutzes, auf die Erhebung von Einwendungen gegen die beantragte einstweilige Verfügung zu verzichten.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 BVergG im Oberschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 BVergG). Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, BVergG im Oberschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, BVergG).

Die Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurden innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllen auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. Die Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurden innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllen auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, 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 u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. 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, u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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.

Gemäß § 329 Abs 3 leg. cit. 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg. cit. 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die B*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn 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.

Der Auftraggeber hat keinen Einwand gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung erhoben. Ein besonderes öffentliches Interesse, das der Erlassung der einstweiligen Verfügung entgegenstehen würde, ist der erkennenden Senatsvorsitzenden nicht erkennbar.

Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 19.05.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4 uva), sodass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 2 BVergG nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 19.05.2006, N/0034- BVA/14/2006-

EV4 uva), sodass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Die einstweilige Verfügung war daher wie beantragt zu erlassen.

Dokumentnummer

VERGT_20071115_N_0107_BVA_14_2007_11_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