

TE Verg Bescheid 2007/11/15 N/0110-BVA/02/2007-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.11.2007

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 5 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz - Winter 2007/2008 SGS" des Auftraggebers ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, vertreten durch ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A*** vertreten durch X***, vom 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 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz - Winter 2007 aus 2008, SGS" des Auftraggebers ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, vertreten durch ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A*** vertreten durch X***, vom 8. 11.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt und die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 ausgesetzt wird", wird insoweit stattgegeben, als es dem Auftraggeber untersagt wird, im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGS" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 20.12.2007, den Zuschlag zu erteilen. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen. Dem Antrag, "das BVA möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages hinsichtlich des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt und die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 ausgesetzt wird", wird insoweit stattgegeben, als es dem Auftraggeber untersagt wird, im Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGS" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 20.12.2007, den Zuschlag zu erteilen. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Bekanntmachung der Ausschreibung zum Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007/2008 - SGS" wurde am 14.9.2007 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L-Nr.: 351969-7914 und am 18.9.2007 unter ABl: Die Bekanntmachung der Ausschreibung zum Vergabeverfahren "Lieferung von Auftausalz Winter 2007 aus 2008, - SGS" wurde am 14.9.2007 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L-Nr.: 351969-7914 und am 18.9.2007 unter ABl:

2007/S 179-218876 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 10.10.2007, 12.00 Uhr.

In den Ausschreibungsunterlagen Teil A, Bestimmungen für das Angebot, Pkt. 9.2. "Nachweis der Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit" wird wie folgt ausgeführt:

"Mit dem Angebot sind die nachfolgend genannten Nachweise vorzulegen. Werden diese dem Angebot nicht vollständig beigelegt, so sind diese auf Aufforderung durch den Auftraggeber binnen sieben Tagen bei sonstiger Ausscheidung des Angebotes nachzureichen.

...

9.2.3 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss seine technische Leistungsfähigkeit durch die angebotene Zusammensetzung des Salzes sowie durch ein Referenzprojekt nachweisen.

Nachweis der Zusammensetzung des Salzes.

Die angebotene Zusammensetzung des Salzes (zB: NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle zu bestätigen.

Der Nachweis ist zu führen durch:

Beibringung der geforderten Bestätigung einer im EU-Raum akkreditierten Prüfstelle, wobei die Angaben im Prüfzertifikat auf zumindest zwei oder mehr Kommastellen gerundet, angeführt werden müssen."

In Beantwortung einer Bieteranfrage zu Pkt. 9.2.3 führte der Auftraggeber hiezu mit Schreiben vom 3.10.2007 ergänzend aus:

"Zur Frage, ob die Angaben im Prüfzertifikat auch im Falle des Sulfatgehaltes auf zumindest zwei oder mehr Kommastellen zu runden sind, wenn diese in mg/kg angegeben werden, ist festzuhalten:

Sämtliche Bestandteile des anzubietenden Salzes, d.h. NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid und Sulfat sind in g/kg auf zumindest zwei Kommastellen gerundet anzuführen."

Nach einer neuerlichen diesbezüglichen Bieteranfrage teilte der Auftraggeber den Bietern mit Schreiben vom 5.10.2007 schließlich mit:

"Seitens der vergebenden Stelle wird klargestellt, dass es bei "g/kg" um einen Schreibfehler handelt und es richtigerweise "mg/kg" zu lauten hat."

In den Ausschreibungsunterlagen Teil C, Leistungsbeschreibung, wird hinsichtlich der Qualitätsanforderungen unter Pkt. 2.2 "Besondere produktspezifische Bestimmungen" festgehalten:

"...

Die vom Bieter angebotene Zusammensetzung des Salzes (zB NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid, Sulfat, Überkorn, Unterkorn, Feuchte) ist durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfstelle bereits mit Angebotslegung zu bestätigen (siehe Pkt. 9.2.3 der Ausschreibungsunterlage Teil A). Die Bestätigung ist in deutscher Sprache bzw. mit beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen.

Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltstoffe aufweisen, werden nicht zugelassen. Abweichungen von Angaben im Prüfizertifikat müssen vom Bieter so nachvollziehbar erläutert werden, dass für die vergebende Stelle eine entsprechende Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich ist. Eine solche Abweichung muss auf Wunsch der vergebenden Stelle von einer im EU-Raum akkreditierten Prüfanstalt bestätigt werden."

Als Folge einer Bieteranfrage korrigierte der Auftraggeber die Formulierung "Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltstoffe aufweisen, werden nicht zugelassen" mit Schreiben vom 3.10.2007 wie folgt:

"Ist im letzten Absatz des Punktes 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage das Wort "Angebot" durch das Wort "Prüfzeugnisse" zu ersetzen?

Ja."

Mit Schreiben vom 16.10.2007 forderte der Auftraggeber die Antragstellerin ua. auf, entsprechend der Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage Teil A, Pkt 9.2.3 den Nachweis für die angebotene Zusammensetzung des Salzes durch eine im EU-Raum akkreditierte Prüfanstalt vorzulegen.

Mit Faxmitteilung vom 22.10.2007 legte die Antragstellerin ein zweiseitiges Analysezertifikat der S*** in italienischer Sprache vom 19.10.2007 sowie eine beglaubigte Übersetzung des Instituts

in deutscher Sprache vor:

"Zertifikat Nr. 07101900D2 SGS

Seite Nr. 1/2

F095103 6977MRA CCA/ep

Prüfbericht

In Erfüllung des Auftrags erhalten von

T*** - CHEMISCHE PRODUKTE - FAENZA (RA)

Und ersuchend, den im Folgenden zusammengefassten Auftrag zu bearbeiten:

Analysen zu dem an uns von der Firma T*** gesendeten Muster

Für eine Lieferung bezeichnet als

Identifikation des Musters : hochreines Natriumchlorid Muster C

Berichten wir wie folgt:

Das an uns von T*** gesendete und in einem qualifizierten Labor untersuchte Muster zeigt, wie in ihrem Prüfbericht 0727003 vom 19/10/2007 mitgeteilt, folgende Resultate:

ZITATBEGINN

Beschreibung der Probe Resultat Maßeinheit Grenzwert Methode

NaCl 99,8 % bez.Trockensubstanz CXSTAN

Feuchtigkeit 0,23 % ISO 2483

Sulfate 0,10 % bez.Trockensubstanz ISO 2480

In Wasser unlösliche Stoffe N.E % bez.Trockensubstanz 0,04 ISO

2479

Körnung < 0,16mm = 3,8%

0,16-3,15mm = 94,1%

> 3,15 = 2,1%

ZITATENDE

Die Resultate beziehen sich ausschließlich auf das analysierte Muster.

Text in englischer Sprache

Ravenna, 19. Oktober 2007"

In einem Aktenvermerk hielt der Auftraggeber am 23.10.2007 fest:

"Gesellschaft: ASFINAG Erstellungsdatum: 23.10.2007

Abteilung I Ersteller: STE I WSVAbteilung römisch eins Ersteller: STE römisch eins WSV

Fortlaufende Nr.:

Aktenvermerk

Betreff -Telefonat 23.10.2007 - Prüfung Gleichwertigkeit Referenzprojekt A***

Themenbereich

Die vergebende Stelle hat im Zuge der Angebotsprüfung die Referenzprojekte geprüft.

Gemäß Punkt 9 des Teils A und Punkt 2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage hat der Bieter nachzuweisen, dass das im Rahmen des Referenzprojektes gelieferte Auftausalz den Qualitätsanforderungen der Leistungsbeschreibung Teil C entspricht.

Aus diesem Grund erfolgte am 23.10.2007 eine Anfrage beim Referenzbeauftragter „Land Kärnten, Abteilung 17“, ob das gelieferte Auftausalz als gleichwertig zu betrachten ist.

Auf telefonische Anfrage der vergebenden Stelle vom 25.10.2007 gab Herr bekannt, dass die Anforderungen der Ausschreibungen des Referenzprojektes den Anforderungen der Leistungsbeschreibung Teil C entsprechen.

"

Nach Prüfung der Angebote gab der Auftraggeber mit Telefaxmitteilungen vom 25.10.2007 sowohl die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 BVergG 2006 auszuschneiden (gerichtet an die die Antragstellerin), als auch die Zuschlagsentscheidung (gerichtet an die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin) bekannt.Nach Prüfung der Angebote gab der Auftraggeber mit Telefaxmitteilungen vom 25.10.2007 sowohl die Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 auszuschneiden (gerichtet an die die Antragstellerin), als auch die Zuschlagsentscheidung (gerichtet an die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin) bekannt.

Begründend führte der Auftraggeber im Schreiben an die Antragstellerin zur Ausscheidensentscheidung aus, dass das von der Antragstellerin nach Aufforderung vom 18.10.2007 nachgereichte Prüfzertifikat eine Summe der Salzbestandteile von mehr als 100% ausweise. Gemäß Pkt. 2.2 des Teils C der Ausschreibungsunterlage seien Angebote, die insgesamt mehr als 100% Inhaltsstoffe aufweisen, jedoch nicht zugelassen. Das Prüfzertifikat bestätige nicht die Qualität des angebotenen Salzes, da es eine andere Salzzusammensetzung aufweise, als im Angebot angegeben und das Zertifikat weiche, zumal der Sulfatgehalt nicht (siehe Beantwortung der Bieteranfrage vom 3.10.2007 und 5.10.2007) in mg/kg ausgewiesen werde, überdies von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab.

Mit Schriftsatz vom 8.11.2007 stellte die A***, vertreten durch X*** (Antragstellerin) das im Spruch wiedergegebene Begehren, sowie folgende Eventualbegehren:

- -Strichaufzählung

„auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Verfahren zu erteilen; in eventu

- -Strichaufzählung

auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der die Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 ausgesetzt wird."

Gleichzeitig stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Ersatz der Pauschalgebühren für das Nachprüfungs- und das Provisorialverfahren sowie auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Akteneinsicht.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass der vom Auftraggeber behauptete Ausscheidungsgrund nicht vorliege. Das Angebot der Antragstellerin stehe nicht im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen. Weder habe das beigebrachte Prüfzertifikat Salzbestandteile von mehr als 100%, noch habe das Angebot mehr als 100% Inhaltsstoffe ausgewiesen. Der Auftraggeber vermische zwei völlig unterschiedliche Aspekte. Das Angebot sei vom Zertifikat zu unterscheiden. Das vorgelegte S**-Zertifikat differenziere im Hinblick auf die Resultate der Probe nach verschiedenen Maßeinheiten, nämlich (i) "% bez. Trockensubstanz" und (ii) "%". Das von der Antragstellerin angebotene Salz enthalte Anteile von Na-Cl (99,8%), von Sulfaten (0,1%) und von in Wasser unlöslichen Stoffen (0,04%), jeweils bez. Trockensubstanz. Der Anteil von 0,23% Feuchtigkeit beziehe sich nicht auf die Trockensubstanz und sei daher bei der Berechnung der Zusammensetzung des Salzes irrelevant bzw. zu vernachlässigen. Aus dem Prüfzertifikat gehe daher eindeutig hervor, dass sich der Anteil von NaCl, SO_4 und wasserunlöslichen Stoffen ausschließlich auf die Trockensubstanz (Maßeinheit "% bez. Trockensubstanz") beziehe. Dass der Auftraggeber Resultate unterschiedlicher Maßeinheiten zusammenzähle, sei nicht nachvollziehbar. Auch habe die Antragstellerin - in den gemäß Teil D, Seite 1 der Ausschreibungsunterlage auszufüllenden Feldern - kein Salz mit Inhaltsstoffen von über 100% angeboten. Nach den Angaben in der Ausschreibungsunterlage Teil D, Seite 1, betrage die Summe auftauwirksamer Substanzen (NaCl, Ca-Mg-K-Chlorid) 99,5% und die Summe der nicht auftauwirksamen Substanzen (Verunreinigungen, Wassergehalt, etc.) 0,5%.

Sollte dennoch die angebotene Salzzusammensetzung für den Auftraggeber unklar gewesen sein, hätte dieser nach ständiger Rechtsprechung des EuGH der Antragstellerin jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, die vermeintliche Unklarheit verbindlich und schriftlich aufzuklären. Eine solche schriftliche Aufklärung habe der Auftraggeber nicht verlangt.

Das übermittelte Prüfzertifikat weise weiters keine andere Zusammensetzung des Salzes auf, als im Angebot angegeben. Da die Ausschreibung Teil C, Pkt. 2.2 ausdrücklich vorsehe, dass Abweichungen vom Prüfzertifikat vom Bieter nachvollziehbar zu erläutern seien, sodass eine Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei, seien abweichende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen explizit als zulässig anerkannt und führten Abweichungen nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebotes. Der Auftraggeber habe vielmehr im Hinblick auf zulässige Abweichungen im Rahmen der Angebotsprüfung die Antragstellerin gemäß § 126 Abs. 1 BVergG verbindlich zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Die Angaben der Antragstellerin im Prüfzertifikat weichen auch nicht von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab. Aus der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 3.10.2007 ergebe sich (vgl. Terminus "wenn"), dass es dem Bieter freistehe, die Maßeinheit des Sulfatsgehalts zu wählen. Wählt er die Einheit "mg/kg", hätte er diese auf zumindest zwei Kommastellen gerundet, anzuführen. Entscheide ein Bieter sich jedoch, den Sulfatgehalt etwa in Prozenten der Gesamtzusammensetzung des Salzes anzugeben, dann gebe es hierzu keinerlei Regelungen. Sollte dennoch die Angabe des Sulfatgehalts ausschließlich in mg/kg gefordert sein, wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Bei der Angabe der Sulfate in Prozent statt in mg/kg, trete keine Änderung des tatsächlichen Produktwerts ein, denn dieser Wert sei jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar (0,1% entsprächen exakt 1.000 mg/kg = 1.000 ppm). Selbst wenn dieser Rechenvorgang für den Auftraggeber nicht klar sein sollte, sei von einem behebbaren Mangel auszugehen. Das übermittelte Prüfzertifikat weise weiters keine andere Zusammensetzung des Salzes auf, als im Angebot angegeben. Da die Ausschreibung Teil C, Pkt. 2.2 ausdrücklich vorsehe, dass Abweichungen vom Prüfzertifikat vom Bieter nachvollziehbar zu erläutern seien, sodass eine Beurteilung der Abweichung im Rahmen der Angebotsprüfung ohne eine weitere technische Prüfung möglich sei, seien abweichende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen explizit als zulässig anerkannt und führten Abweichungen nicht automatisch zum Ausscheiden des Angebotes. Der Auftraggeber habe vielmehr im Hinblick auf zulässige Abweichungen im Rahmen der

Angebotsprüfung die Antragstellerin gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVergG verbindlich zur schriftlichen Aufklärung aufzufordern. Die Angaben der Antragstellerin im Prüfsertifikat weichen auch nicht von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlage ab. Aus der Fragebeantwortung des Auftraggebers vom 3.10.2007 ergebe sich vergliche Terminus "wenn"), dass es dem Bieter freistehe, die Maßeinheit des Sulfatsgehalts zu wählen. Wählt er die Einheit "mg/kg", hätte er diese auf zumindest zwei Kommastellen gerundet, anzuführen. Entscheide ein Bieter sich jedoch, den Sulfatgehalt etwa in Prozenten der Gesamtzusammensetzung des Salzes anzugeben, dann gebe es hierzu keinerlei Regelungen. Sollte dennoch die Angabe des Sulfatgehalts ausschließlich in mg/kg gefordert sein, wäre das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Bei der Angabe der Sulfate in Prozent statt in mg/kg, trete keine Änderung des tatsächlichen Produktwerts ein, denn dieser Wert sei jederzeit auf eine andere Maßeinheit umrechenbar (0,1% entsprächen exakt 1.000 mg/kg = 1.000 ppm). Selbst wenn dieser Rechenvorgang für den Auftraggeber nicht klar sein sollte, sei von einem behebbaren Mangel auszugehen.

Das Angebot der Antragstellerin sei somit zu Unrecht ausgeschieden worden. Es sei für die Zuschlagsentscheidung grundsätzlich in Betracht zu ziehen, nach den Zuschlagskriterien als wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot zu ermitteln und für den Zuschlag in Aussicht zu nehmen. Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 25.10.2007 sei unrichtig und für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren mit einem Angebot beteiligt; daraus ergebe sich unzweifelhaft das Interesse am Vertragsabschluss. Sie sei ein österreichisches Unternehmen, welches auf den Handel mit Auftausalzen sowie petrochemischen Produkten spezialisiert sei. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Marktstruktur und ihrer Nischenposition sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Würde den Anträgen der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Ausscheidens- sowie der Zuschlagsentscheidung nicht stattgegeben, wäre es ihr nicht möglich, sich am weiteren Vergabeverfahren zu beteiligen und es wäre mit einer Zuschlagserteilung an die Mitbieterin zu rechnen. Die Antragstellerin hätte keine Chance mehr, den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Es entginge ihr ein wesentliches Referenzprojekt und es drohe ihr ein Schaden von zumindest gesamt Euro 67.900 an entgangenen Gewinn, frustrierten Kosten für die Angebotserstellung sowie Beratungs- und Vertretungskosten.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidensentscheidung und Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin generell in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere in ihren Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lautereren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Nicht-Ausscheiden des den Ausschreibungsbedingungen entsprechenden Angebotes der Antragstellerin, auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, darauf für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung, auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin, auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers und im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren in Folge eines allenfalls gebotenen Widerrufs, verletzt.

Da die Auftraggeberin durch die Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr zu beseitigen wären, obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren bzw. die Bestbieterermittlung auf Grund der dargestellten Vergabeverstöße mit gravierenden Mängeln behaftet sei, sei die einstweilige Verfügung zwingend erforderlich. Bei der Interessensabwägung lägen keine besonderen Gründe für eine Ausnahme vom Prinzip des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes vor. Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünden keine unverhältnismäßigen Belastungen für den Auftraggeber und die Mitbieter entgegen. Es ergebe sich auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die einstweilige Verfügung spräche. Da anzunehmen sei, dass die Versorgung mit den ausgeschriebenen Leistungen auf Grund bestehender Verträge und Lager zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gesichert sei, falle eine mit der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verbundene Verzögerung von maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht. Eine Gefährdung für Leib und Leben durch einen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verzögerten Abschluss des gegenständlichen Lieferauftrages sei nicht gegeben.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2007 legte der Auftraggeber fristgerecht die Vergabeakten - soweit sie nicht zu BVA GZ N/0093-BVA/02/2007 bereits dem erkennenden Senat vorlagen - vor und verzichtete in diesem unter Bezugnahme auf den Vorrang des vergaberechtlichen Provisorialrechtsschutzes auf die Erhebung von Einwendungen gegen die

beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung.

Mit Schriftsatz vom 12.11.2007 brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor, dass sie bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung, neben jenem Schaden, den sie bereits im Vorverfahren BVA GZ N/0093-BVA/02/2007 geltend gemacht habe, infolge der erforderlichen Kosten für die Vorhaltung und Einlagerung der zugeschlagenen Mengen einen zusätzlichen Schaden von geschätzt zumindest 6% der Auftragssumme erleide. Dieser Schaden sei in jedem Fall so erheblich, dass er schon für sich genommen die Erlassung der einstweiligen Verfügung inhibiere.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83 u.a.). Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert von Euro 2,225.000,- Die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83 u.a.). Der gegenständliche Auftrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert von Euro 2,225.000,-

excl. USt bedingt die Überschreitung des Schwellenwertes. Das Verfahren liegt demnach im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt. Der Auftraggeber hat am 25.10.2007 sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde und die Zuschlagsentscheidung gesetzeskonform ergangen ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Die Klärung dieser Frage wird Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe an die B*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der 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 die Antragstellerin ermöglicht. Von einem in § 328 Abs. 2 BVergG 2006 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 seitens des Auftraggebers die Vergabe an die B*** geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der 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 die Antragstellerin ermöglicht. Von einem in Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 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 mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 verbunden, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs. 3 u. 4 BVergG 2006 als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde nicht erteilt. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 verbunden, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG 2006 als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde nicht erteilt. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 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 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 eins, BVergG 2006 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 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. 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. 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. 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.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung vom 25.10.2007 behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der B*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme,

wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der B*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber hat keinen Einwand gegen die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung erhoben.

Die aufgeworfenen Rechtsfragen können nicht innerhalb der kurzen Entscheidungsfrist für das Provisorialverfahren (§ 330 Abs. 3 BVergG 2006) abschließend geklärt werden. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden vom Auftraggeber nicht dargetan und vermag das Bundesvergabeamt auch solche nicht zu erkennen. Andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand durch entsprechendes Handeln und die möglichst späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz zu umgehen. Die aufgeworfenen Rechtsfragen können nicht innerhalb der kurzen Entscheidungsfrist für das Provisorialverfahren (Paragraph 330, Absatz 3, BVergG 2006) abschließend geklärt werden. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden vom Auftraggeber nicht dargetan und vermag das Bundesvergabeamt auch solche nicht zu erkennen. Andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand durch entsprechendes Handeln und die möglichst späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz zu umgehen.

Im Hinblick auf eine allfällige Interessensbeeinträchtigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist zu bemerken, dass nicht nur der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat, sondern auch ein in Aussicht genommener präsumtiver Zuschlagsempfänger mögliche Verzögerungen in Kauf zu nehmen hat. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Im Hinblick auf eine allfällige Interessensbeeinträchtigung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist zu bemerken, dass nicht nur der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat, sondern auch ein in Aussicht genommener präsumtiver Zuschlagsempfänger mögliche Verzögerungen in Kauf zu nehmen hat. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006,

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

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Es war daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in dem im Spruch genannten Umfang, stattzugeben. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Es war daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in dem im Spruch genannten Umfang, stattzugeben.

Die von der Antragstellerin eventualiter begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung stellt im Hinblick auf die mit der einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nicht das gelindeste Mittel gemäß § 329 Abs. 2 BVergG 2006 dar, sodass dieses Begehren abzuweisen war. Die von der Antragstellerin eventualiter begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung stellt im Hinblick auf die mit der einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nicht das gelindeste Mittel gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 dar, sodass dieses Begehren abzuweisen war. Zur Dauer der begehrten Maßnahme ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer zu befristen war.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Zuschlagsentscheidung, Zuschlagserteilung;

Dokumentnummer

VERGT_20071115_N_0110_BVA_02_2007_EV11_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