

TE Verg Bescheid 2007/8/27 N/0079-BVA/15/2007-15

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.08.2007

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), BGBl I Nr.17/2006, durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "S8 Marchfelder Schnellstraße Abschnitt S1 Knoten Deutsch-Wagram bis Staatsgrenze bei Marchegg, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft 1. A***, und 2. B***, vertreten durch X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 21. August 2007, ergänzt mit Schriftsatz vom 23. August 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006,, durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag Gerhard Prünster, im

Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "S8 Marchfelder Schnellstraße Abschnitt S1 Knoten Deutsch-Wagram bis Staatsgrenze bei Marchegg, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft 1. A***, und 2. B***, vertreten durch X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 21. August 2007, ergänzt mit Schriftsatz vom 23. August 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren bei sonstiger Exekution untersagt wird, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nichtigerklärungsantrag, längstens aber binnen 6 Wochen ab Erlass dieser einstweiligen Verfügung, den Zuschlag betreffend die Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie oder einen inhaltsgleich Auftrag zu erteilen, wird insofern stattgegeben, als es dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 2. Oktober 2007, untersagt ist, im Vergabeverfahren "S8 Marchfelder Schnellstraße Abschnitt S1 Knoten Deutsch-Wagram bis Staatsgrenze bei Marchegg, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP, EP inkl. UVP", den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Die Bietergemeinschaft 1. A***, und 2. B***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 20. August 2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 21. August 2007, ergänzt mit Schriftsatz vom 23. August 2007, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben und Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung, der Kostenschätzung des Auftraggebers sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Schriftsatz vom 20.8.2007 im Wesentlichen vor, dass sie durch die angefochtene Entscheidung in ihren Rechten auf Nichtausscheiden ihres Angebots, auf korrekte Schätzung der Angebotskosten, auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten sowie auf eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung im Sinne der §§ 19 iVm 122 BVergG, verletzt werde. Gemeinsam mit der gesondert anfechtbaren Ausscheidensentscheidung werde die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung "Kostenschätzung" bekämpft. Die Antragstellerin brachte im Schriftsatz vom 20.8.2007 im Wesentlichen vor, dass sie durch die angefochtene Entscheidung in ihren Rechten auf Nichtausscheiden ihres Angebots, auf korrekte Schätzung der Angebotskosten, auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten sowie auf eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung im Sinne der Paragraphen 19, in Verbindung mit 122 BVergG, verletzt werde. Gemeinsam mit der gesondert anfechtbaren Ausscheidensentscheidung werde die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung "Kostenschätzung" bekämpft.

Es handle sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXX netto. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren vergeben werden. Die Angebote seien bis zum 24.7.2007 einzureichen gewesen. Die Zuschlagsfrist betrage 3 Monate und ende daher am 24.10.2007. Die Antragstellerin habe sich präqualifiziert und sei zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden. Es handle sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 30 netto. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren vergeben werden. Die Angebote seien bis zum 24.7.2007 einzureichen gewesen. Die Zuschlagsfrist betrage 3 Monate und ende daher am 24.10.2007. Die Antragstellerin habe sich präqualifiziert und sei zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden.

Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibungsbedingungen "Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise" laute:

Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

In gewöhnlich niedriger Preis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 § 126 wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Angebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfungen unterzogen und ausgeschieden". In gewöhnlich niedriger Preis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 Paragraph 126, wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des Paragraph 108, BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Angebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfungen unterzogen und ausgeschieden".

Es seien insgesamt 4 Angebote abgegeben worden. Das Angebot der Antragstellerin sei mit Euro XXX das günstigste Angebot gewesen. Der Angebotspreis der C*** hätte sich auf Euro XXX jener der D*** auf Euro XXX und jener der E*** auf Euro XXX belaufen. Es seien insgesamt 4 Angebote abgegeben worden. Das Angebot der Antragstellerin sei mit Euro römisch 30 das günstigste Angebot gewesen. Der Angebotspreis der C*** hätte sich auf Euro römisch 30 jener der D*** auf Euro römisch 30 und jener der E*** auf Euro römisch 30 belaufen.

Im Zuge der Angebotsöffnung sei der geschätzte Auftragswert mit Euro XXX netto angegeben worden. Im Zuge der Angebotsöffnung sei der geschätzte Auftragswert mit Euro römisch 30 netto angegeben worden.

Mit Schreiben vom 31.7.2007 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, binnen 7 Tagen Stellung zu nehmen, weshalb ihr Angebot um mehr als 30% vom Mittelwert abweiche. Mit Schreiben vom 1.8.2007 habe die Antragstellerin hierzu schriftlich Stellung genommen und ihren günstigen Preis wie folgt gerechtfertigt:

"Der verlesene Schätzpreis der ASFINAG sei unbegründet hoch. Er stehe in keinem Verhältnis zu den Schätzkosten der ASFINAG bei vergleichbaren Projekten.

Unter Außerachtlassung der Schätzkosten der ASFINAG sei der Angebotspreis der Antragstellerin innerhalb der geforderten 30%- Grenze. Aufgrund ihrer Mitwirkung an angrenzenden Bauvorhaben (S1, A23) und einem Vorprojekt, sei die Antragstellerin im Stande, den günstigen Preis anzubieten".

Der Auftraggeber habe nahezu zeitgleich Dienstleistungsaufträge mit identen Fachbereichen für die S3 Weinviertler Schnellstraße und für die S37 Klagenfurter Schnellstraße mit vergleichbaren Ausschreibungsbedingungen ausgeschrieben. Beim Projekt S3 Waldviertler Schnellstraße umfasse die Leistung 7 Oberflächenwasserkörper, die Kostenschätzung belaufe sich auf Euro XXX. Beim Projekt S37 Klagenfurter Schnellstraße belaufe sich die Leistung auf 17 Oberflächenwasserkörper und die Kostenschätzung auf Euro XXX. Das gegenständliche Projekt S8 Marchfelder Schnellstraße umfasse 5 Oberflächenwasserkörper, die Kostenschätzung belaufe sich auf Euro XXX. Der Auftraggeber habe nahezu zeitgleich Dienstleistungsaufträge mit identen Fachbereichen für die S3 Weinviertler Schnellstraße und für die S37 Klagenfurter Schnellstraße mit vergleichbaren Ausschreibungsbedingungen ausgeschrieben. Beim Projekt S3 Waldviertler Schnellstraße umfasse die Leistung 7 Oberflächenwasserkörper, die Kostenschätzung belaufe sich auf Euro römisch 30 . Beim Projekt S37 Klagenfurter Schnellstraße belaufe sich die Leistung auf 17 Oberflächenwasserkörper und die Kostenschätzung auf Euro römisch 30 . Das gegenständliche Projekt S8 Marchfelder Schnellstraße umfasse 5 Oberflächenwasserkörper, die Kostenschätzung belaufe sich auf Euro römisch 30 .

Mit Schreiben vom 9.8.2007, der Antragstellerin zugestellt am 13.8.2007, sei ihr mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden werde.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag durch fristgerechte Abgabe eines rechtverbindlichen Angebotes dokumentiert. An Kosten für die Angebotserstellung einschließlich der Kosten der Präqualifikation seien der Antragstellerin zumindest Euro XXX entstanden. Der Deckungsbeitrag betrage zumindest Euro XXX. Das gegenständliche Projekt sei als Referenzprojekt von großem Interesse. Es handle sich um ein Projekt der höchsten Kategorie und um einen Großauftrag. Aufträge in diesen Fachbereichen seien in Österreich Mangelware. Referenzaufträge seien für zukünftige Beauftragungen von hohem Wert. Dies drücke sich auch in der Gewichtung (Referenzaufträge 50%, Preis 30%) aus. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag durch

fristgerechte Abgabe eines rechtverbindlichen Angebotes dokumentiert. An Kosten für die Angebotserstellung einschließlich der Kosten der Präqualifikation seien der Antragstellerin zumindest Euro römisch 30 entstanden. Der Deckungsbeitrag betrage zumindest Euro römisch 30. Das gegenständliche Projekt sei als Referenzprojekt von großem Interesse. Es handle sich um ein Projekt der höchsten Kategorie und um einen Großauftrag. Aufträge in diesen Fachbereichen seien in Österreich Mangelware. Referenzaufträge seien für zukünftige Beauftragungen von hohem Wert. Dies drücke sich auch in der Gewichtung (Referenzaufträge 50%, Preis 30%) aus.

Vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen zur vertieften Angebotsprüfung:

Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibung widerspreche § 125 Abs 5 BVergG. Der Auftraggeber sei verpflichtet, bei allfälligen Zweifeln zur Höhe der Angebotspreise von den Bietern schriftliche Aufklärung zu verlangen. Ein Automatismus, wonach bei Über- bzw. Unterschreiten bestimmter Grenzwerte es jedenfalls zum Ausscheiden eines Angebots komme, widerspreche nicht nur § 125 leg.cit., sondern auch Art 55 der Richtlinie 2004/18/EG. Der EUGH habe bereits die Unzulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise ausgesprochen (EuGH Rs C-76/81 Transporoute; EuGH Rs C-103/88 Fratelli Constanzo SpA). Außerachtlassung dieser vergaberechtswidrigen Bestimmung im Zuge der Angebotsprüfung: Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibung widerspreche Paragraph 125, Absatz 5, BVergG. Der Auftraggeber sei verpflichtet, bei allfälligen Zweifeln zur Höhe der Angebotspreise von den Bietern schriftliche Aufklärung zu verlangen. Ein Automatismus, wonach bei Über- bzw. Unterschreiten bestimmter Grenzwerte es jedenfalls zum Ausscheiden eines Angebots komme, widerspreche nicht nur Paragraph 125, leg.cit., sondern auch Artikel 55, der Richtlinie 2004/18/EG. Der EUGH habe bereits die Unzulässigkeit einer derartigen Vorgehensweise ausgesprochen (EuGH Rs C-76/81 Transporoute; EuGH Rs C-103/88 Fratelli Constanzo SpA). Außerachtlassung dieser vergaberechtswidrigen Bestimmung im Zuge der Angebotsprüfung:

Die Judikatur zur Präklusion vergaberechtswidriger Ausschreibungsbestimmungen sei richtlinienkonform dahin eingeschränkt anzuwenden, dass vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen nur in puncto Anforderungen an das Angebot samt nachzureichenden Unterlagen und den damit in Verbindung stehenden Ausscheidenstatbestand des §129 Abs 1 Z 7 BVergG präkludierten. Hier hätten die Bieter einen Anspruch auf Gleichbehandlung aller Bieter dahingehend, dass von allen Bietern dieselben Unterlagen und derselbe Leistungsinhalt gefordert würden, auch wenn diese vergaberechtswidrig seien mögen. Der Anspruch auf Gleichbehandlung der Bieter erstreckte sich jedoch nicht auf die Frage der Prüfung der Angemessenheit der Preise eines Bieters. Von den Bietern würde nichts Unterschiedliches gefordert, wenn der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung die inkriminierten Ausschreibungsbedingungen außer Acht lassen würde. Die Bieter könnten auch weder auf die Anwendung dieses vergaberechtswidrigen Prüfvorgangs vertrauen, noch habe diese Vertrauen einen Einfluss auf ihre Angebotsabgabe. Die inkriminierten Ausschreibungsbedingungen seien vor Angebotsöffnung in Unkenntnis der Kostenschätzung des Auftraggebers und der Preise der übrigen Bieter derart unbestimmt, dass kein Bieter im Stande sei, im Vertrauen auf diese Vorgabe das Angebot zu kalkulieren. Kein Bieter würde in seinem Recht auf Gleichbehandlung beschwert, wenn der Auftraggeber von dieser präkludierten Bestimmung zur Angebotsprüfung abweiche. Die Judikatur zur Präklusion vergaberechtswidriger Ausschreibungsbestimmungen sei richtlinienkonform dahin eingeschränkt anzuwenden, dass vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen nur in puncto Anforderungen an das Angebot samt nachzureichenden Unterlagen und den damit in Verbindung stehenden Ausscheidenstatbestand des §129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG präkludierten. Hier hätten die Bieter einen Anspruch auf Gleichbehandlung aller Bieter dahingehend, dass von allen Bietern dieselben Unterlagen und derselbe Leistungsinhalt gefordert würden, auch wenn diese vergaberechtswidrig seien mögen. Der Anspruch auf Gleichbehandlung der Bieter erstreckte sich jedoch nicht auf die Frage der Prüfung der Angemessenheit der Preise eines Bieters. Von den Bietern würde nichts Unterschiedliches gefordert, wenn der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung die inkriminierten Ausschreibungsbedingungen außer Acht lassen würde. Die Bieter könnten auch weder auf die Anwendung dieses vergaberechtswidrigen Prüfvorgangs vertrauen, noch habe diese Vertrauen einen Einfluss auf ihre Angebotsabgabe. Die inkriminierten Ausschreibungsbedingungen seien vor Angebotsöffnung in Unkenntnis der Kostenschätzung des Auftraggebers und der Preise der übrigen Bieter derart unbestimmt, dass kein Bieter im Stande sei, im Vertrauen auf diese Vorgabe das Angebot zu kalkulieren. Kein Bieter würde in seinem Recht auf Gleichbehandlung beschwert, wenn der Auftraggeber von dieser präkludierten Bestimmung zur Angebotsprüfung abweiche.

§ 129 BVergG zähle die Ausscheidenstatbestände taxativ auf. Es sei einem Auftraggeber verwehrt, neue Ausscheidenstatbestände zu schaffen. Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wegen Widerspruchs zu den

Ausschreibungsbedingungen (§ 129 Abs 1 Z 8) sei nicht gerechtfertigt. Das Angebot der Antragstellerin entspreche - auch unter Berücksichtigung der präkludierten Bestimmung - den Ausschreibungsunterlagen. Ein Ausscheiden sei nur nach § 129 Abs 1 Z 3 BVergG gerechtfertigt. Diese Bestimmung lasse jedoch dem Auftraggeber keinen Raum, die Frage der Angemessenheit im Vorfeld zu regeln bzw zu konkretisieren. Vielmehr fordere § 129 Abs 1 Z 3 leg.cit ausdrücklich eine vertiefte Angebotsprüfung vor Ausscheiden eines Angebotes wegen eines angeblich unangemessenen Preises; dies in Ergänzung zu § 125 BVergG.Paragraph 129, BVergG zähle die Ausscheidenstatbestände taxativ auf. Es sei einem Auftraggeber verwehrt, neue Ausscheidenstatbestände zu schaffen. Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin wegen Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen (Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8,) sei nicht gerechtfertigt. Das Angebot der Antragstellerin entspreche - auch unter Berücksichtigung der präkludierten Bestimmung - den Ausschreibungsunterlagen. Ein Ausscheiden sei nur nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG gerechtfertigt. Diese Bestimmung lasse jedoch dem Auftraggeber keinen Raum, die Frage der Angemessenheit im Vorfeld zu regeln bzw zu konkretisieren. Vielmehr fordere Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, leg.cit ausdrücklich eine vertiefte Angebotsprüfung vor Ausscheiden eines Angebotes wegen eines angeblich unangemessenen Preises; dies in Ergänzung zu Paragraph 125, BVergG.

Willkürliche Kostenschätzung des Auftraggebers:

Hinzu komme, dass der Auftraggeber eine Kostenschätzung vorgelegt habe, die mit den tatsächlichen Kosten in keiner Relation stünde. Der Auftraggeber habe bei vergleichbaren Vergabeverfahren (Projekt S3) erheblich niedrigere Kosten bei einem komplexeren Untersuchungsgegenstand geschätzt (Euro XXX). Selbst beim komplizierten Untersuchungsgegenstand der S37 mit 17 zu untersuchenden Oberflächenwasserkörpern habe die Kostenschätzung lediglich Euro XXX betragen. Dies im Vergleich zur nunmehrigen Kostenschätzung für 5 Oberflächenwasserkörper mit geschätzten Euro

Hinzu komme, dass der Auftraggeber eine Kostenschätzung vorgelegt habe, die mit den tatsächlichen Kosten in keiner Relation stünde. Der Auftraggeber habe bei vergleichbaren Vergabeverfahren (Projekt S3) erheblich niedrigere Kosten bei einem komplexeren Untersuchungsgegenstand geschätzt (Euro römisch 30). Selbst beim komplizierten Untersuchungsgegenstand der S37 mit 17 zu untersuchenden Oberflächenwasserkörpern habe die Kostenschätzung lediglich Euro römisch 30 betragen. Dies im Vergleich zur nunmehrigen Kostenschätzung für 5 Oberflächenwasserkörper mit geschätzten Euro

XXX.römisch 30 .

Bestätigt werde die Unplausibilität der Kostenschätzung auch durch das Ergebnis der Angebotsöffnung. Der Auftraggeber sei vom "selbstgewählten Mittelwert" um Euro XXX bzw 82% entfernt. Der Auftraggeber habe also den Mittelwert nach oben erheblicher überschritten, als die Antragstellerin dies nach unten getan habe (41,3%). Die unplausible Schätzung des Auftraggebers habe de facto das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin zur Folge. Würde man die Kostenschätzung des Auftraggebers (wegen offenkundigen Überpreises) außer Acht lassen, wäre der Mittelwert folgendermaßen zu ermitteln: Lasse man von den 4 vorliegenden Angebotspreisen sowohl das teuerste als auch das niedrigste Angebot außer Acht, ergäbe sich ein Mittelwert von Euro XXX. Die davon gerechnete 70%ige Ausscheidensschwelle der genannten Ausschreibungsbedingung würde Euro XXX betragen. Die Antragstellerin liege mit ihrem Angebotspreis über dieser Schwelle und wäre bei Außerachtlassung der Kostenschätzung nicht auszuscheiden. Gleiches gelte, wenn der Mittelwert von allen 4 Angebotspreisen berechnet würde. In diesem Fall wäre der Mittelwert Euro XXX und die Ausscheidensschwelle Euro XXX.

Bestätigt werde die Unplausibilität der Kostenschätzung auch durch das Ergebnis der Angebotsöffnung. Der Auftraggeber sei vom "selbstgewählten Mittelwert" um Euro römisch 30 bzw 82% entfernt. Der Auftraggeber habe also den Mittelwert nach oben erheblicher überschritten, als die Antragstellerin dies nach unten getan habe (41,3%). Die unplausible Schätzung des Auftraggebers habe de facto das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin zur Folge. Würde man die Kostenschätzung des Auftraggebers (wegen offenkundigen Überpreises) außer Acht lassen, wäre der Mittelwert folgendermaßen zu ermitteln: Lasse man von den 4 vorliegenden Angebotspreisen sowohl das teuerste als auch das niedrigste Angebot außer Acht, ergäbe sich ein Mittelwert von Euro römisch 30 . Die davon gerechnete 70%ige Ausscheidensschwelle der genannten Ausschreibungsbedingung würde Euro römisch 30 betragen. Die Antragstellerin liege mit ihrem Angebotspreis über dieser Schwelle und wäre bei Außerachtlassung der Kostenschätzung nicht auszuscheiden. Gleiches gelte, wenn der Mittelwert von allen 4 Angebotspreisen berechnet würde. In diesem Fall wäre der Mittelwert Euro römisch 30 und die Ausscheidensschwelle Euro römisch 30 .

Selbst wenn im Hinblick auf die Judikatur zur Präklusion von Ausschreibungsbedingungen der inkriminierte Punkt

1,305.1.4 der Ausschreibung bei der Prüfung der Angemessenheit Preise zu berücksichtigen sei, besage diese Bedingung nicht, dass jegliche Kostenschätzung des Auftraggebers Eingang finden müsse. Die Kostenschätzung sei der Antragstellerin erst anlässlich der Angebotseröffnung bekannt gegeben worden. Sie habe davor keine Möglichkeit gehabt, diese zu bekämpfen. Die Kostenschätzung müsse jedenfalls einer Kontrolle zugänglich sein. Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei, wie bereits dargestellt, unplausibel und daher für nichtig zu erklären. Unter Außerachtlassung der Kostenschätzung sei das Angebot der Antragstellerin jedenfalls nicht auszuschneiden.

Zur angeblichen Nichtaufklärung:

Im Schreiben des Auftraggebers vom 9.8.2007 werde vorgebracht, dass die Antragstellerin die festgestellten Mängel nicht behoben hätte bzw. diese Mängel nicht behebbar seien. Um welchen Mangel es sich hierbei handeln solle, sei nicht ersichtlich. Die Antragstellerin sei lediglich mit Schreiben vom 1.8.2007 aufgefordert worden, zum angeblichen Unterpreis Stellung zu nehmen. Dies sei auch unverzüglich geschehen. Offenbar beabsichtige der Auftraggeber aus dem Überschreiten der 30%-Regel 2 Ausscheidenstatbestände zu konstruieren. Die Antragstellerin habe jedenfalls fristgerecht ihren Angebotspreis aufgeklärt und darauf hingewiesen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers unplausibel sei. Die Antragstellerin sei im Stande, aufgrund ihrer Kenntnisse des Untersuchungsgegenstandes, der dazu erhältlich öffentlichen Daten und ihrer Einbindung in die angrenzenden Straßenprojekte S1 und A23 einen entsprechend günstigen Angebotspreis anzubieten. Hinzu komme, dass die Antragstellerin großteils mit eigenen Ressourcen arbeite und eine günstige Kostenstruktur aufweise. Der Kostenvorteil habe dem Auftraggeber als Preisnachlass weitergegeben werden können.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, dass das Vorbringen im Nachprüfungsantrag auch zum Inhalt des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Das Angebot der Antragstellerin sei das billigste gewesen. Nach der geforderten Selbstdeklaration der angebotenen Referenzen wäre das Angebot der Antragstellerin auch mit der höchsten Punktezahl zu bewerten gewesen, sodass es auch das Bestangebot sei. Die Kostenschätzung des Auftraggebers in Höhe von Euro XXX sei unplausibel. Dies zeige auch ein Vergleich mit anderen zeitnah geführten Projekten des Auftraggebers. Ein Vergleich mit den konkreten Angebotspreisen ergebe, dass die Kostenschätzung einen Überpreis von mehr als 80% aufweise. Die Ausschreibungsbedingung Punkt 1,305.1.4 widerspreche den Vergabegesetzen. Eine vergaberechtswidrige Regelung der Angebotsprüfung könne nicht präkludiert sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete nicht die Anwendung einer gesetzwidrigen Ausschreibungsbedingung. Würde die genannte Ausschreibungsbedingung außer Acht gelassen bzw die Kostenschätzung für nichtig erklärt, sei das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden, vielmehr der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen. Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde vorgebracht, dass das Vorbringen im Nachprüfungsantrag auch zum Inhalt des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Das Angebot der Antragstellerin sei das billigste gewesen. Nach der geforderten Selbstdeklaration der angebotenen Referenzen wäre das Angebot der Antragstellerin auch mit der höchsten Punktezahl zu bewerten gewesen, sodass es auch das Bestangebot sei. Die Kostenschätzung des Auftraggebers in Höhe von Euro römisch 30 sei unplausibel. Dies zeige auch ein Vergleich mit anderen zeitnah geführten Projekten des Auftraggebers. Ein Vergleich mit den konkreten Angebotspreisen ergebe, dass die Kostenschätzung einen Überpreis von mehr als 80% aufweise. Die Ausschreibungsbedingung Punkt 1,305.1.4 widerspreche den Vergabegesetzen. Eine vergaberechtswidrige Regelung der Angebotsprüfung könne nicht präkludiert sein. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete nicht die Anwendung einer gesetzwidrigen Ausschreibungsbedingung. Würde die genannte Ausschreibungsbedingung außer Acht gelassen bzw die Kostenschätzung für nichtig erklärt, sei das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden, vielmehr der Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Der gegenständliche Auftrag sei als Referenzauftrag von erheblicher Bedeutung. Der Auftraggeber verwende Referenzaufträge zur Bewertung der Qualität der Angebote. Demgegenüber bestehe kein erhebliches Interesse an einer raschen Auftragsabwicklung. Der Auftraggeber selbst habe eine Zuschlagsfrist bis 24.10.2007 vorgesehen, sodass die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung an der Zuschlagsfrist de facto kaum etwas ändern würde. Es bestünden auch keine darüber hinaus gehenden Interessen.

Der Auftraggeber erstattete mit Telefax vom 22.8.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.8.2007, allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es wurde angegeben, dass die ASFINAG Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens und die ASFINAG Bau Management GmbH vergebende Stelle sei. Der Auftrag sei

am 18.5.2007 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekanntgemacht worden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG (CPV Code 74230000-0, 74231300-0) im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 110.000,- ohne USt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 3 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der Auftraggeber erstattete mit Telefax vom 22.8.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.8.2007, allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es wurde angegeben, dass die ASFINAG Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens und die ASFINAG Bau Management GmbH vergebende Stelle sei. Der Auftrag sei am 18.5.2007 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekanntgemacht worden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG (CPV Code 74230000-0, 74231300-0) im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 110.000,- ohne USt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Auftrag solle in einem nicht offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Die Angebotsöffnung sei am 24.7.2007 erfolgt. Die 4 billigsten Angebote seien von der Antragstellerin, der C***/F***, der D*** und der E*** gelegt worden. Mit Schreiben vom 9.8.2007 sei der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt worden. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 10.8.2007 erfolgt. Das Verfahren sei nicht widerrufen, der Zuschlag noch nicht erteilt worden.

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 23.8.2007 ergänzte diese ihren Nachprüfungsantrag vom 20.8.2007 um einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Begründend wurde hiezu ausgeführt, dass sie von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung durch den Auftraggeber erst durch dessen Stellungnahme vom 22.8.2007 – übermittelt durch das Bundesvergabeamt im Zuge des Parteiengenhörs am 23.8.2007 – erfahren habe. Weiters sei festzuhalten, dass durch das ungerechtfertigte Ausscheiden ihres Angebotes auch die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2007 mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Der Auftraggeber hätte das Angebot der Antragstellerin bei der Bestbieterermittlung berücksichtigen müssen. Da ihr Angebot sowohl das preislich Günstigste als auch das Beste sei, müsste bei korrekter Angebotsprüfung und Bewertung die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der Antragstellerin lauten und die Erteilung des Zuschlages auf dieses erfolgen.

Im Zuge des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag wurde am 18.5.2007 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Es handelt sich um ein nicht offenes Verfahren gemäß § 25 Abs 3 BVergG. Der gegenständliche Dienstleistungsauftrag wurde am 18.5.2007 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Es handelt sich um ein nicht offenes Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG.

In der 1. Stufe des Verfahrens sind insgesamt 4 Teilhmeanträge eingelangt. Alle 4 Bewerber wurden in der Folge auch aufgefordert ein Angebot zu legen (2. Stufe). Die Angebotsfrist endete am 24.7.2007, 11.00 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.7.2007 um

11.15 Uhr. Alle 4 ausgewählten Bewerber haben ein Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde der geschätzte Auftragswert bekannt gegeben. Dieser beläuft sich auf Euro XXX netto. 11.15 Uhr. Alle 4 ausgewählten Bewerber haben ein Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde der geschätzte Auftragswert bekannt gegeben. Dieser beläuft sich auf Euro römisch 30 netto.

Der Angebotspreis der Antragstellerin belief sich auf netto Euro XXX, jener des E*** auf Euro XXX, jener der C***/F*** auf Euro XXX und jener der D*** auf Euro XXX. Der Angebotspreis der Antragstellerin belief sich auf netto Euro römisch 30, jener des E*** auf Euro römisch 30, jener der C***/F*** auf Euro römisch 30 und jener der D*** auf Euro römisch 30.

Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Zuschlagskriterien sind gemäß Punkt 1,305 der Ausschreibungsgrundlagen der Gesamtpreis (gewichtet mit 50%) und die Qualität (gewichtet mit 50%).

Punkt 1,305.1.4 der Ausschreibungsbedingungen "Vertiefte Angebotsprüfung – Prüfung der Angemessenheit der Preise" lautet:

Vor der vertieften Angebotsprüfung werden die nachfolgend angegebenen Kriterien geprüft und das Angebot gegebenenfalls ausgeschieden:

In gewöhnlich niedriger Preis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 § 126 wird für die vertiefte

Angebotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Angebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfungen unterzogen und ausgeschieden". In gewöhnlich niedriger Preis: Die Angemessenheit der Preise im Sinne des BVergG 2006 Paragraph 126, wird für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt: Bei mehr als 30% Abweichung zum Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des Paragraph 108, BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Angebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfungen unterzogen und ausgeschieden".

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 31.7.2007 wurde die Antragstellerin aufgefordert, binnen 7 Tagen schriftliche Aufklärung zu ihrem Angebotspreis zu geben, da dieser um mehr als 30% unter dem Mittelwert iSd oben zitierten Bestimmung liege. Mit Schreiben vom 1.8.2007 hat die Antragstellerin dieser Aufforderung Folge geleistet.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 9.8.2007 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt gegeben. Zugestellt wurde der Antragstellerin dieses Schreiben mittels Telefax am 13.8.2007.

Die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2007, lautend auf das Angebot der C***/F***, wurde den verbliebenen Bietern mittels Telefax am 13.8.2007 zugestellt. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben.

Gegen das Ausscheiden ihres Angebotes hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.8.2007 einen Nachprüfungsantrag sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Nachdem der Antragstellerin seitens des Bundesvergabeamtes die Zuschlagsentscheidung im Zuge des Parteiengehörs am 23.8.2007 übermittelt wurde, hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 23.8.2007 ihren Nachprüfungsantrag um einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ergänzt.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien, den von diesen Vorgelegten Urkunden und dem Vergabeakt.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 110.000,-- netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 110.000,-- netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren vergeben werden. In diesem Verfahrenstypus stellen das Ausscheiden und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (§ 2 Z 16 lit a sublit bb 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 BVergG. Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren vergeben

werden. In diesem Verfahrenstypus stellen das Ausscheiden und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG). 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, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Bekanntgabe der Ausscheidung ihres Angebotes wurde der Antragstellerin am 13.8.2007 mitgeteilt. Die Antragstellerin hat am 20.8.2007 einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin vom Bundesvergabeamt am 23.8.2007 übermittelt. Mit Schriftsatz vom selben Tag hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Die Anträge wurden somit iSd o.e. Bestimmung rechtzeitig eingebracht. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Bekanntgabe der Ausscheidung ihres Angebotes wurde der Antragstellerin am 13.8.2007 mitgeteilt. Die Antragstellerin hat am 20.8.2007 einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin vom Bundesvergabeamt am 23.8.2007 übermittelt. Mit Schriftsatz vom selben Tag hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Die Anträge wurden somit iSd o.e. Bestimmung rechtzeitig eingebracht.

Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 eins, BVergG 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 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, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur

Entscheidung des Bundesvergabebeamten 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.

Nach § 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung 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, 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren fortzuführen und den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch die 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 (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, das Vergabeverfahren fortzuführen und den Zuschlag zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch die 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 keine inhaltlichen Einwände gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Dem Senatsvorsitzenden ist ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, nicht erkennbar. Dem gegenüber hat die Antragstellerin schlüssig den Schaden dargelegt, der ihr zu entstehen droht. Dieser besteht einerseits in den Aufwendungen der Angebotserstellung bzw den Kosten im Rahmen der Präqualifikation sowie im entgangenen Deckungsbeitrag, wobei dieser in einer unrealistischen Höhe dargestellt wurde, und andererseits im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber die Zuschlagsfrist mit 3 Monaten (dh bis 24.10.2007) festgelegt hat und der vorgesehene Durchführungszeitraum 5 Jahre beträgt, ist keine besondere Dringlichkeit des Vorhabens ersichtlich. Durch eine maximal 6- wöchige Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung erscheint der Zeitplan des gegenständlichen Projektes in keinsten Weise gefährdet.

Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur

Sicherung einer allfällig späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30, 16.8.2006, N/00068-BVA/03/2006-EV8 u. v.a.). Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfällig späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30, 16.8.2006, N/00068-BVA/03/2006-EV8 u. v.a.).

Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10). Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten und unter Einbeziehung der Tatsache, dass der Auftraggeber selbst kein der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehendes besonderes öffentliches Interesse geltend gemacht hat, ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen des Auftraggebers sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens nicht gegeben. Auch der präsumtive Zuschlagsempfänger hat keine Interessen vorgebracht, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zur Sicherung der Rechtsposition der Antragstellerin ist die beantragte zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung. Zur Dauer der ausgesprochenen vorläufigen Maßnahmen ist anzumerken, dass § 329 Abs 3 BVergG vorsieht, dass in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung gilt, von der Behörde zu bestimmen ist. Diese war mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer von 6 Wochen, daher bis 2. Oktober 2007, zu befristen. Das darüber hinausgehende Begehren und das Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich eines inhaltsgleichen Auftrages waren abzuweisen. Das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zur Sicherung der Rechtsposition der Antragstellerin ist die beantragte zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung. Zur Dauer der ausgesprochenen vorläufigen Maßnahmen ist anzumerken, dass Paragraph 329, Absatz 3, BVergG vorsieht, dass in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung gilt, von der Behörde zu bestimmen ist. Diese war mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer von 6 Wochen, daher bis 2. Oktober 2007, zu befristen. Das darüber hinausgehende Begehren und das Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung hinsichtlich eines inhaltsgleichen Auftrages waren abzuweisen.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG erfolgt im Bescheid über das Nachprüfungsbegehren. Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Bescheid über das Nachprüfungsbegehren.

Dokumentnummer

VERGT_20070827_N_0079_BVA_15_2007_15_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