

TE Verg Bescheid 2007/5/2 N/0043-BVA/15/2007-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.05.2007

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Auftragsvergabe "A2 Südautobahn, Nordumfahrung Klagenfurt, Pörschach Ost/West, LWL Infrastruktur und Notruf" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (ASFINAG), Rotenturmstrasse 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Raaba, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. April 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Auftragsvergabe "A2 Südautobahn, Nordumfahrung Klagenfurt, Pörschach Ost/West, LWL Infrastruktur und Notruf" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (ASFINAG), Rotenturmstrasse 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Raaba, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 25. April 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "eine einstweilige Verfügung für die gesetzlich höchst zulässige Dauer zu erlassen, mit welcher dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber ist für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 6. Juni 2007, untersagt, im Vergabeverfahren "A2 Südautobahn, Nordumfahrung Klagenfurt, Pörschach Ost/West, LWL Infrastruktur und Notruf", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVergG 2006

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 25. April 2007 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben und Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd im Vollmachtsnamen der ASFINAG ein Verfahren zur Vergabe der Arbeiten für die Errichtung der Lichtwellenleiterinfrastruktur entlang der A2 Südautobahn im Bereich der Nordumfahrung Klagenfurt und im Generalerneuerungsabschnitt Pörschach Ost bis West durchführe. Es handle sich um ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006. Die konkrete Ausschreibung umfasse Bauleistungen im Unterschwellenbereich. In wieweit sich das Gesamtprojekt im Oberschwellenbereich bewege, sei nicht bekannt.

Das gegenständliche Verfahren sei am 22.5.2006 im Amtsblatt kund gemacht worden. Die Antragstellerin habe am 11.4.2007 rechtzeitig ein vollständiges und ausschreibungskonformes Angebot eingereicht. Die Angebotsöffnung sei am 12.4.2007 erfolgt. Mit Telefax vom 18.4.2007 sei die Zuschlagsentscheidung, lautend auf die Fa. B***, bekannt gegeben worden.

Insgesamt hätten sich vier Bieter an der Ausschreibung beteiligt. Als Bestbieter sei die B***, mit einem Alternativangebot (HG 1-3) mit einer Nettoangebotssumme in Höhe von Euro XXX und einer Optionalsumme (HG 4) mit netto Euro XXX sowie einer Bauzeitverkürzung von 14 Tagen verlesen worden. Das Hauptangebot der B*** (HG 1-3) belaufe sich auf Euro XXX, einer Optionalsumme (HG 4) von netto Euro XXX und ohne Bauzeitverkürzung. Dieses Angebot sei hinter dem Angebot der Antragstellerin gereiht. In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass das Hauptangebot (HG 1-3) des präsumtiven Bestbieters denselben Preis aufweise, wie deren Alternativangebot (HG 1-3), obwohl im Alternativangebot eine Bauzeitforsierung von zwei Wochen angeboten worden sei. Insgesamt hätten sich vier Bieter an der Ausschreibung beteiligt. Als Bestbieter sei die B***, mit einem Alternativangebot (HG 1-3) mit einer Nettoangebotssumme in Höhe von Euro römisch 30 und einer Optionalsumme (HG 4) mit netto Euro römisch 30 sowie einer Bauzeitverkürzung von 14 Tagen verlesen worden. Das Hauptangebot der B*** (HG 1-3) belaufe sich auf Euro römisch 30, einer Optionalsumme (HG 4) von netto Euro römisch 30 und ohne Bauzeitverkürzung. Dieses Angebot sei hinter dem Angebot der Antragstellerin gereiht. In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass das Hauptangebot (HG 1-3) des präsumtiven Bestbieters denselben Preis aufweise, wie deren Alternativangebot (HG 1-3), obwohl im Alternativangebot eine Bauzeitforsierung von zwei Wochen angeboten worden sei.

An zweiter Stelle sei das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis (HG 1-3) von netto Euro XXX (inkl. einen Nachlass in Höhe von X%) und einer Optionalsumme (HG 4) von netto Euro XXX sowie einer Bauzeitverkürzung von sieben Tagen, gelegen. Die Angebote der übrigen Bieter wären nach dem Angebot der Antragstellerin gereiht gewesen. Lediglich die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ein Alternativangebot gelegt. Eine zuschlagskriterienrelevante Bauzeitverkürzung sei lediglich von der präsumtiven Bestbieterin in ihrem Alternativangebot (14 Tage) und von der Antragstellerin (7 Tage) angeboten worden. Als Zuschlagskriterien seien der Gesamtpreis (95,8%) sowie die Qualität – Verkürzung der Ausführungsdauer – (4,2%) festgelegt gewesen. Gemäß Pkt. B1,1.208.1.1 der Ausschreibungsgrundlagen seien Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung neben einem gültigen Hauptangebot zugelassen. In Pkt. B1,1.208 seien Mindestanforderungen an Alternativangebote vorgegeben gewesen. An zweiter Stelle sei das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis (HG 1-3) von netto Euro römisch 30 (inkl. einen Nachlass in Höhe von X%) und einer Optionalsumme (HG 4) von netto Euro römisch 30 sowie einer Bauzeitverkürzung von sieben Tagen, gelegen. Die Angebote der übrigen Bieter wären nach dem Angebot der Antragstellerin gereiht gewesen. Lediglich die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ein Alternativangebot gelegt.

Eine zuschlagskriterienrelevante Bauzeitverkürzung sei lediglich von der präsumtiven Bestbieterin in ihrem Alternativangebot (14 Tage) und von der Antragstellerin (7 Tage) angeboten worden. Als Zuschlagskriterien seien der Gesamtpreis (95,8%) sowie die Qualität – Verkürzung der Ausführungsdauer – (4,2%) festgelegt gewesen. Gemäß Pkt. B1,1.208.1.1 der Ausschreibungsgrundlagen seien Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung neben einem gültigen Hauptangebot zugelassen. In Pkt. B1,1.208 seien Mindestanforderungen an Alternativangebote vorgegeben gewesen.

Die Zuschlagskriterien gemäß Ausschreibungsgrundlage B1,1.304.2 seien mit dem Gesamtpreis (95,8%) und der Qualität (4,2%) festgelegt gewesen. Die Bewertung erfolge nach der Matrix auf Seite 15, wobei für das Kriterium Qualität die Verkürzung der Ausführungsdauer herangezogen werde. Die Leistungsfrist sei mit 25 Wochen ab vertraglich festgelegtem Baubeginn vorgesehen.

Als optionale Leistungen seien folgende Baumaßnahmen vorgesehen:

- -Strichaufzählung
Erneuerung der Doppelböden in den Notrufnischen
- -Strichaufzählung
Errichtung von Fundamenten für Parallelprojekte der ASFINAG
- -Strichaufzählung
Errichtung von SST- Fundamenten und zugehöriger Schachinfrastrukturen

Angefochten werde die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung vom 18.4.2007 zugunsten des Alternativangebotes der B***. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch ihre Beteiligung am Vergabeverfahren sowie durch Nachreichungen von Unterlagen und Aufklärungen bekundet. Sie sei auch weiterhin an einer Zuschlagserteilung interessiert. Die Antragstellerin sei Bestbieterin, da das Alternativangebot der B*** zwingend auszuscheiden sei. Falls die angefochtene Entscheidung nicht für nichtig erklärt werden würde, würde der Antragstellerin ein Deckungsbeitrag entgehen. Darüber hinaus drohe die Frustration der Kosten für die Angebotserstellung und der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Beratungs- und Vertretungskosten.

Die angefochtene Entscheidung verletze die Antragstellerin in ihren Rechten auf korrekte Angebotsprüfung, insbesondere auf vertiefte Prüfung der Angebote in den wesentlichen Positionen, auf Ausscheidung derjenigen Angebote, die den gesetzlichen und den Ausschreibungserfordernissen nicht entsprechen würden, sowie auf Zuschlagserteilung auf ihr Angebot, da sie Bestbieterin sei.

Beschwerdegründe und Rechtswidrigkeiten:

Zur vertieften Angebotsprüfung des Angebotes der B***:

Die B*** habe ein Haupt- und ein Alternativangebot gelegt. Diese beiden Angebote würden sich lediglich darin unterscheiden, dass zum einen beim Alternativangebot für die HG (1-3) eine Bauzeitverkürzung von 14 Tagen und zum anderen ein günstigerer Preis für die optionalen Leistungen der HG (4) angeboten worden sei. Hätte der Auftraggeber eine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, hätte es auffallen müssen, dass sich das Hauptangebot und das Alternativangebot der B*** preislich und kalkulatorisch lediglich in der optional anzubietenden HG (4) unterscheiden würden. Dies bedeute, dass für die im Hauptangebot anzubietenden Positionen HG (1-3) keine alternativen Leistungsvorschläge angeboten worden seien. Insbesondere sei eine diesbezügliche Verkürzung der Bauzeit um 14 Tage trotz gleichbleibender Einheitspreise für die HG (1-3) kalkulatorisch nicht nachvollziehbar und sachlich undenkbar. Falls die B*** in ihrem Hauptangebot zu den HG (1-3) eine ordnungsgemäße Kalkulation durchgeführt habe und auf Basis dieser keine Bauzeitverkürzung anbieten habe können, hätte das Anbieten einer zweiwöchigen Bauzeitverkürzung im Alternativangebot zu einer Änderung der Kalkulation, konkret zu Forcierungsmaßnahmen, führen müssen. Im Hinblick auf den völlig identen Preis der HG (1-3) sowohl im Hauptangebot als auch im Alternativangebot trotz unterschiedlicher Leistungsfristen, müsse das Alternativangebot entweder als spekulativ und nicht preisangemessen qualifiziert werden oder aber es lägen zwei gleiche Hauptangebote der HG (1-3) vor.

Die Unterschiede in der Kalkulation der optionalen Leistungen könnten jedenfalls nicht zu einer Bauzeitverkürzung führen, da dem Auftraggeber die Entscheidung bleibe, ob diese Option überhaupt gezogen würde und die angebotene Bauzeitverkürzung mit der Leistungsfrist der HG (4) in keinem Zusammenhang stehe.

Es sei daher davon auszugehen, dass die B*** entweder unzulässiger Weise zwei Hauptangebote abgegeben habe oder aber ein spekulatives und nicht preisangemessenes, jedenfalls sachlich gegenüber dem Hauptangebot nicht gleichwertig zu qualifizierendes Alternativangebot hinsichtlich der HG (1-3) gelegt habe. Zumindest das Alternativangebot oder aber die beiden Angebote der B*** wären gemäß §§ 129 Abs 1 Z 3 und Z 7 sowie Abs 2 BVergG auszuschneiden. Es sei daher davon auszugehen, dass die B*** entweder unzulässiger Weise zwei Hauptangebote abgegeben habe oder aber ein spekulatives und nicht preisangemessenes, jedenfalls sachlich gegenüber dem Hauptangebot nicht gleichwertig zu qualifizierendes Alternativangebot hinsichtlich der HG (1-3) gelegt habe. Zumindest das Alternativangebot oder aber die beiden Angebote der B*** wären gemäß Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Ziffer 7, sowie Absatz 2, BVergG auszuschneiden.

Der Auftraggeber habe die Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung sowie zur Auswahl eines Angebotes zu angemessenen Preisen gemäß §§ 19 Abs. 1 u. 129 BVergG verletzt und komme so zu einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung. Bei Durchführung der gesetzlich gebotenen Prüfung des Alternativangebotes der B*** hätte der Auftraggeber erkennen müssen, dass das Alternativangebot spekulativ, nicht preisangemessen und inhaltlich dem Hauptangebot nicht gleichwertig sei. Zwar würden zwei preislich idente Hauptangebote der B*** für die HG (1-3) vorliegen, die Abweichung der Leistungsfrist im Alternativangebot bleibe jedoch unaufgeklärt und sei absolut gesehen, sachlich und kalkulatorisch auch nicht nachvollziehbar begründet. Der Auftraggeber hätte daher zumindest das Alternativangebot der B*** ausscheiden müssen. Das Angebot der Antragstellerin wäre sohin als Bestangebot zu ermitteln gewesen. Die oben angeführten Rechtswidrigkeiten seien daher von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Der Auftraggeber habe die Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung sowie zur Auswahl eines Angebotes zu angemessenen Preisen gemäß Paragraphen 19, Absatz eins, u. 129 BVergG verletzt und komme so zu einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung. Bei Durchführung der gesetzlich gebotenen Prüfung des Alternativangebotes der B*** hätte der Auftraggeber erkennen müssen, dass das Alternativangebot spekulativ, nicht preisangemessen und inhaltlich dem Hauptangebot nicht gleichwertig sei. Zwar würden zwei preislich idente Hauptangebote der B*** für die HG (1-3) vorliegen, die Abweichung der Leistungsfrist im Alternativangebot bleibe jedoch unaufgeklärt und sei absolut gesehen, sachlich und kalkulatorisch auch nicht nachvollziehbar begründet. Der Auftraggeber hätte daher zumindest das Alternativangebot der B*** ausscheiden müssen. Das Angebot der Antragstellerin wäre sohin als Bestangebot zu ermitteln gewesen. Die oben angeführten Rechtswidrigkeiten seien daher von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Konkret zur beantragten einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin, da der Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung habe, die Beantragung einer einstweiligen Verfügung unerlässlich sei. Das Vorbringen des Nachprüfungsantrages werde auch zum Inhalt des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Zur Hintanhaltung der, der Antragstellerin drohenden Schäden, sei es erforderlich, dass das Vergabeverfahren soweit auszusetzen sei, dass kein Zuschlag erteilt werden könne. Das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel sei es, dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung zu untersagen. Zudem seien keine möglicher Weise geschädigten Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter oder des Auftraggebers sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens zu erkennen, welche der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung entgegen stehen könnten. Ein Auftraggeber habe ein Vergabeverfahren jedenfalls so rechtzeitig durchzuführen und abzuwickeln, dass Nachprüfungsverfahren geführt werden könnten. Eine allfällige zu späte Einleitung des Vergabeverfahrens liege jedenfalls in der Sphäre des Auftraggebers und könne das Rechtsschutzinteresse nicht schmälern.

Mit Schriftsatz vom 2. Mai 2007 erstattete der Auftraggeber allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren. Demnach habe der Auftraggeber, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, eine Bauleistung in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung des Verfahrens sei im Amtlichen Lieferungsanzeiger der Wr. Zeitung erfolgt. Eine EU-weite Bekanntmachung sei nicht erfolgt.

Der geschätzte Gesamt-Auftragswert belaufe sich auf Euro 4.780.000,-- netto, wobei die HG 01 – HG 03 einen Wert von Euro 4.015.000,-- und die HG 04 einen Wert von Euro 765.000,-- aufweise. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Ausschreibung erfolge nach dem Bestbieterprinzip, wobei neben dem Preis auch die Qualität (Verkürzung der

Ausführungsdauer) bewertet werde. Die Angebotsöffnung sei am 12.4.2007 erfolgt, die Zuschlagsentscheidung sei mit Telefax am 18.4.2007 bekannt gegeben worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden.

Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden, das Verfahren auch nicht widerrufen worden.

Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber vor, dass ein besonderes Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens iSd § 329 Abs 1 BVergG 2006 und auch ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestünden. Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber vor, dass ein besonderes Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 und auch ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens bestünden.

Die Leistungen der gegenständlichen Ausschreibung bzw. der gegenständlichen Vergabe würden im Wesentlichen die Herstellung bzw. Umrüstung des bestehenden Tunnelnotrufes im Abschnitt der Nordumfahrung Klagenfurt, den Umbau der Portalnotrufsäulen/-kabinen, die Montage von Notrufsäulen im Freilandbereich, die Herstellung einer Energieversorgung entlang der gegenständlichen Autobahnstrecke, den Umbau der bestehenden Glatteismessstationen, die Sanierung der Erdungsanlagen an den Portalschächten der Nordumfahrung Klagenfurt, den Zubau eines Betriebsgebäudes beim Ehrentalerbergtunnel West und die Sanierung von zwei Feuerlöschhydranten im Falkenbergstunnel Ostportal beinhalten.

Die zum Teil erforderliche Umrüstung von Betriebseinrichtungen, wie Notruf und Notrufrkabinen bzw. Portalnotrufsäulen erfolge aufgrund Europäischer Vorgaben zur Umsetzung und Sicherstellung des auf Europäischer Ebene vereinbarten Tunnel-Sicherheitsstandards.

Ferner sei auch die Adaptierung betriebsnotwendiger Einrichtungen zur Aufrechterhaltung eines ordnungsgemäßen und sicherheitsrichtlinienkonformen Autobahnbetriebes dringend notwendig.

Die Ausführung der gegenständlichen Leistungen sei im vorgegebenen Zeitraum von Mai 2007 bis Juli (RFB Italien) bzw. November 2007 (RFB Graz) notwendig. Eine Vergabeverzögerung würde bedeuten, dass die Arbeiten in dem Zeitraum der FußballEuropameisterschaft 2008 fallen würden. Gemäß den Weisungen des Eigentümers ASFINAG und den für die Straßenverkehrsordnung zuständigen Behörden hätten während der Fußball-EM 2008 möglichst geringe Verkehrsbeeinträchtigungen zu erfolgen. Der gegenständliche Streckenabschnitt stelle einen verkehrsstarken Streckenteil des ASFINAG-Autobahnnetzes dar, [der durchschnittliche Tagesverkehr pro 24 Stunden betrage je Richtungsfahrbahn (RFB Italien und RFB Graz) ca. 19.500 Fahrzeuge, die für 2010 prognostizierte Verkehrsfrequenz betrage ca. 22.000 Fahrzeuge je RFB].

Durch die beantragte einstweilige Verfügung würde die termingerechte Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen gefährdet bzw. nicht mehr im vorgegebenen Zeitrahmen möglich sein. Eine Verschiebung der Ausführung der Leistungen würde bedeuten, dass diese jahreszeitlich bedingt erst im Mai bis November 2008 umgesetzt werden könnten, was jedoch auf Grund der angeordneten "Baustellenfreiheit" im Juni 2008 unmöglich sei und demgemäß die ausgeschriebenen Maßnahmen erst im Jahr 2009 (Mai-November) umgesetzt werden könnten.

Da es sich um tunnel- und betriebssicherheitstechnische Einrichtungen handle, bestehe einerseits ein besonderes Interesse der AS-FINAG als Straßenerhalter, die für eine sichere Straßenbenützung aus Vertrag (Maut) hafte. Andererseits bestehe auch ein besonderes öffentliches Interesse an der Umsetzung sicherheitsrelevanter Einrichtungen nach den Europäischen Standards zur Hintanhaltung von Gefahr für Leib und Leben für Menschen sowie zur Verhinderung von Schäden an Sachen.

Da somit die nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung überwiegen würden, sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Im Zuge des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde im Amtlichen Lieferungsanzeiger der Wr. Zeitung bekannt gemacht. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro 4.780.000,-) zur Erlangung einer Bauleistung. Der Zuschlag soll auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen. Zuschlagskriterien sind der Preis und die Verkürzung der Ausführungsdauer. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Alternativangebote waren zugelassen.

Die Angebotsöffnung ist am 12.4.2007 erfolgt.

Die B*** hat neben einem Hauptangebot auch ein Alternativangebot gelegt. Der Angebotspreis für Haupt- und Alternativangebot (HG 01 - 03) betrug Euro 3.013.026,32 (inkl eines Nachlasses von 8%). Als Bauzeitverkürzung wurden beim Alternativangebot 14 Tage angeboten, beim Hauptangebot ist eine Bauzeitverkürzung nicht vorgesehen.

Das Hauptangebot der B*** betreffend HG 04 (OPTION) belief sich auf Euro XXX (inkl eines Nachlasses von X%). Eine Bauzeitverkürzung wurde nicht angeboten. Das Alternativangebot zu HG 04 (OPTI-ON) belief sich auf Euro XXX (inkl eines Nachlasses von X%). Als Bauzeitverkürzung wurden hier 14 Tage angeboten. Das Hauptangebot der B*** betreffend HG 04 (OPTION) belief sich auf Euro römisch 30 (inkl eines Nachlasses von X%). Eine Bauzeitverkürzung wurde nicht angeboten. Das Alternativangebot zu HG 04 (OPTI-ON) belief sich auf Euro römisch 30 (inkl eines Nachlasses von X%). Als Bauzeitverkürzung wurden hier 14 Tage angeboten.

Das Angebot der Antragstellerin in den HG 01 - 03 belief sich auf Euro XXX (inkl eines Nachlasses von X5%). Als Bauzeitverkürzung wurden 7 Tage angeboten. Das Angebot der Antragstellerin in den HG 01 - 03 belief sich auf Euro römisch 30 (inkl eines Nachlasses von X5%). Als Bauzeitverkürzung wurden 7 Tage angeboten.

Das Angebot der Antragstellerin zu HG 04 (OPTION) betrug Euro XXX (inkl eines Nachlasses von X%). Es wurde hier eine Bauzeitverkürzung von 7 Tagen angeboten. Das Angebot der Antragstellerin zu HG 04 (OPTION) betrug Euro römisch 30 (inkl eines Nachlasses von X%). Es wurde hier eine Bauzeitverkürzung von 7 Tagen angeboten.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte per Telefax am 18.4.2007. Präsumtiver Zuschlagsempfänger ist demnach die B*** mit ihrem Alternativangebot. Die Vergabesumme beträgt Euro XXX. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte per Telefax am 18.4.2007. Präsumtiver Zuschlagsempfänger ist demnach die B*** mit ihrem Alternativangebot. Die Vergabesumme beträgt Euro römisch 30 .

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus den vorgelegten Unterlagen und Stellungnahmen der Parteien.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5 u.v.a.m). Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt insgesamt Euro 4.780.000,-- Euro netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 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 Bundesvergabebeamten zur Überprüfung ist sohin gegeben. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- AG (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5 u.v.a.m). Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt insgesamt Euro 4.780.000,-- Euro netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, 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 Bundesvergabebeamten zur Überprüfung ist sohin gegeben.

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. In diesem Verfahren stellt die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar (§ 2 Z 16 lit a sublit aa 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 offenen Verfahren vergeben werden. In diesem Verfahren stellt die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, 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.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs 3 und 4 leg.cit. rechtzeitig eingebracht worden (vgl auch BVA N/0021-BVA/14/2006- EV8 uvam). Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 leg.cit. rechtzeitig eingebracht worden vergleiche auch BVA N/0021-BVA/14/2006- EV8 uvam). Die Pauschalgebühr wurde 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 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.

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 Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabeamtes 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, den Zuschlag einem Mitbewerber der Antragstellerin 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 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 vorläufiges Untersagen 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, den Zuschlag einem Mitbewerber der Antragstellerin 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 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 vorläufiges Untersagen 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.

Die Antragstellerin hat den drohenden Schaden schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, der ihr im Falle einer (rechtswidrigen) Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers zu entstehen drohe. Der Schaden wurde auch ziffernmäßig dargestellt.

Der Auftraggeber hat Einwände gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben und beantragt, den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Begründend führte der Auftraggeber im Wesentlichen an, dass die zum Teil erforderliche Umrüstung von Betriebseinrichtungen, wie Notruf und Notrufrufen bzw Portalnotrufsäulen aufgrund von Europäischen Vorgaben zur Umsetzung und Sicherstellung des auf Europäischer Ebene vereinbarten Tunnel-Sicherheitsstandards erfolge. Nicht bekannt gegeben wurde jedoch, um welche Europäischen Vorgaben es sich hierbei handeln solle und welchen Inhalt diese aufweisen würden. Dieses Vorbringen des Auftraggebers konnte daher mangels Konkretisierung von der Behörde nicht nachvollzogen und somit im Rahmen der Interessensabwägung auch nicht berücksichtigt werden. Auch geht aus dem Vorbringen des Auftraggebers nicht hervor, welchen Zeitrahmen diese "Europäischen Vorgaben" vorsehen. Dass die Durchführung aufgrund der erwähnten "Europäischen Vorgaben" besondere Dringlichkeit erfordern würde, hat der Auftraggeber jedenfalls nicht einmal behauptet.

Der Auftraggeber führt an, dass die Durchführung der gegenständlichen Leistungen im Zeitraum von Mai bis Juli (RFB Italien) bzw November 2007 (RFB Graz) zu erfolgen habe. Eine Vergabeverzögerung würde bedeuten, dass die Arbeiten in den Zeitraum der Fussball-EM 2008 fallen würden. Während der EM-2008 hätten gemäß den Weisungen des Eigentümers ASFINAG und den für die StVO zuständigen Behörden möglichst geringe Verkehrsbeeinträchtigungen zu erfolgen. Das Vorbringen, dass durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung die termingerechte Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen gefährdet sei, geht schon deshalb ins Leere, als es bereits Mai 2007 ist. Der vom Auftraggeber mit Mai 2007 angegebene beabsichtigte Beginn der Ausführungsarbeiten ist daher ohnedies bereits überholt. Es ist daher davon auszugehen, dass der beabsichtigte Terminplan somit auch ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht eingehalten werden kann.

Im Übrigen waren dem Auftraggeber der Zeitpunkt der EM-2008 und die sich daraus in verkehrstechnischer Hinsicht ergebenden Folgen längst bekannt, sodass bei der Projektplanung bzw der Einleitung des Vergabeverfahrens darauf Bedacht genommen werden hätte können. In diesem Zusammenhang ist auf die ständige Rechtsprechung des BVA hinzuweisen, wonach der Auftraggeber in seinen Zeitplan die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens und die

Erlassung einer einstweiligen Verfügung einzuplanen hat (vgl. VfGH 1.8.2002 B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10; BVA 17.3.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV55 uva.).Im Übrigen waren dem Auftraggeber der Zeitpunkt der EM-2008 und die sich daraus in verkehrstechnischer Hinsicht ergebenden Folgen längst bekannt, sodass bei der Projektplanung bzw der Einleitung des Vergabeverfahrens darauf Bedacht genommen werden hätte können. In diesem Zusammenhang ist auf die ständige Rechtsprechung des BVA hinzuweisen, wonach der Auftraggeber in seinen Zeitplan die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung einzuplanen hat vergleiche VfGH 1.8.2002 B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10; BVA 17.3.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV55 uva.).

Weiters ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen 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.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).Weiters ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen 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.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 vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u. a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10).

Sohin ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht auszugehen.

Die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung ist die gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zur Abwendung des drohenden Schadens für die Antragstellerin.

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, daher bis 6. Juni 2007, zu befristen.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, daher bis 6. Juni 2007, zu befristen.

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_20070502_N_0043_BVA_15_2007_EV6_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