

TE Verg Bescheid 2007/3/28 N/0024-BVA/15/2007-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.03.2007

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

BESCHIED

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 "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3: 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 "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3:

Möbling – Klagenfurt Nord (Anschluss an A2); technische Planung für die Planungsphase VP", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, über den Antrag der Bietergemeinschaft ARGE S37 – TA 3, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 22. März 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens, in eventuelle für die Dauer von zwei Monaten, die Einleitung der zweiten Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens und die Einladung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten bzw. ermittelten Bewerber sohin die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagen und das Vergabeverfahren aussetzen", wird insofern stattgegeben, als das Vergabeverfahren "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3: Mölbling – Klagenfurt Nord (Anschluss an A2); technische Planung für die Planungsphase VP" für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 3. Mai 2007, ausgesetzt wird.

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 ARGE S37 – TA 3, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 22. März 2007 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und verband diesen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht zuzulassen sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd im Vollmachtsnamen der ASFINAG die technische Planung (Straßenplanung inklusive NKU, UFT, Grünbrücken und Kunstbauten) für die S37 Klagenfurter Schnellstraße im Teilabschnitt 3: Mölbling – Klagenfurt Nord (Anschluss an A2) für die Planungsphase Vorprojekt ausgeschrieben habe. Es handle sich um ein zweistufiges nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Oberschwellenbereich. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit in der ersten Stufe, zur Einholung von verbindlichen Angeboten von den in Aussicht genommenen Unternehmen sei es noch nicht gekommen.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit Schreiben vom 16.3.2007 sei ihr mitgeteilt worden, dass sie auf Grund der Ergebnisse der Auswahlprüfung nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werde. Begründend für diese Nicht-Zulassung seien vom Auftraggeber "Vorkommnisse" im Zusammenhang mit der Sanierung L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn angeführt worden. Nach Ansicht des Auftraggebers sei die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** (idF C***) nicht gegeben. Da innerhalb der gesetzten Frist keine entsprechende Aufklärung erfolgt sei, sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin ausgeschieden bzw. nicht zugelassen worden. Hierbei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG 2006. Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit Schreiben vom 16.3.2007 sei ihr mitgeteilt worden, dass sie auf Grund der Ergebnisse der Auswahlprüfung nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werde. Begründend für diese Nicht-Zulassung seien vom Auftraggeber "Vorkommnisse" im Zusammenhang mit der Sanierung L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn angeführt worden. Nach Ansicht des Auftraggebers sei die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** in der Fassung C*** nicht gegeben. Da innerhalb der gesetzten Frist keine entsprechende Aufklärung erfolgt sei, sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin ausgeschieden bzw. nicht zugelassen worden. Hierbei handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd BVergG 2006.

Diese Entscheidung des Auftraggebers sei jedoch aus folgenden Gründen rechtswidrig:

Der Auftraggeber spreche lapidar von "Vorkommnissen" im Zusammenhang mit der Sanierung Objekt L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn. Es bleibe jedoch schleierhaft, was der Auftraggeber hiermit meine bzw. woraus er ableite, dass die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** und sohin der Antragstellerin nicht gegeben sei. Der Hinweis auf "Vorkommnisse" sei zu wenig bestimmt bzw. bestimmbar um die Nichtzulassung bzw. Ausscheidung des Teilnahmeantrags zu rechtfertigen. Der Auftraggeber hätte detailliert und nachvollziehbar darlegen müssen, woraus die berufliche Unzuverlässigkeit abgeleitet werde bzw. worin diese bestehen solle.

Festzuhalten sei auch, dass im Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 von einem Teilabschnitt 3 "Friesach Nord – Mölbling" die Rede sei. Das gegenständliche Vergabeverfahren umfasse jedoch den Teilabschnitt 3 "Mölbling – Klagenfurt Nord". Es bleibe daher unklar, auf welches Vergabeverfahren bzw. welchen Teilabschnitt sich das Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 beziehe. Unklar sei damit auch, auf welches Vergabeverfahren bzw. welchen

Teilabschnitt sich die Nicht-Zulassung beziehe. Mangels Präzisierung bzw. widersprüchlicher Bezugnahme könne eine Nicht-Zulassung der Antragstellerin nicht gerechtfertigt werden. Auch aus diesem Grund sei die Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig.

Der Auftraggeber habe keinen einzigen Grund genannt bzw. nennen können, welcher einen Ausschluss der Antragstellerin von der Teilnahme am Vergabeverfahren iSd § 129 Abs. 1 Z 1 iVm § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG rechtfertigen würde. Die Antragstellerin und die beteiligten Unternehmen hätten weder im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen noch gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts verstoßen. Schon gar nicht sei ein allfälliger Verstoß nachweislich festgestellt worden. Ein Ausschluss bzw. Ausscheiden käme nur dann in Betracht, wenn die berufliche Zuverlässigkeit durch ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes oder einer schweren Verfehlung nachweislich festgestellt worden wäre. Keine dieser Voraussetzungen liege jedoch gegenständlich vor. Auch beim Objekt L 40 habe die C*** ordnungsgemäße und mängelfreie Leistungen erbracht. Der Auftraggeber habe keinen einzigen Grund genannt bzw. nennen können, welcher einen Ausschluss der Antragstellerin von der Teilnahme am Vergabeverfahren iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG rechtfertigen würde. Die Antragstellerin und die beteiligten Unternehmen hätten weder im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen noch gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts verstoßen. Schon gar nicht sei ein allfälliger Verstoß nachweislich festgestellt worden. Ein Ausschluss bzw. Ausscheiden käme nur dann in Betracht, wenn die berufliche Zuverlässigkeit durch ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes oder einer schweren Verfehlung nachweislich festgestellt worden wäre. Keine dieser Voraussetzungen liege jedoch gegenständlich vor. Auch beim Objekt L 40 habe die C*** ordnungsgemäße und mängelfreie Leistungen erbracht.

Die vom Auftraggeber in der Ausschreibung gemäß §§ 72 und 43 BVergG festgelegten Nachweise betreffend die berufliche Zuverlässigkeit seien von der Antragstellerin zur Gänze erbracht worden. Insbesondere befinde sich unter diesen Nachweisen eine Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg vom 6.11.2006, mit welcher u.a. bestätigt werde, dass keine Umstände bekannt seien, durch welche die berufliche Zuverlässigkeit in Frage gestellt werden könnte. Damit sei die berufliche Zuverlässigkeit der C*** und der Antragstellerin hinreichend nachgewiesen. Die vom Auftraggeber in der Ausschreibung gemäß Paragraphen 72 und 43 BVergG festgelegten Nachweise betreffend die berufliche Zuverlässigkeit seien von der Antragstellerin zur Gänze erbracht worden. Insbesondere befinde sich unter diesen Nachweisen eine Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg vom 6.11.2006, mit welcher u.a. bestätigt werde, dass keine Umstände bekannt seien, durch welche die berufliche Zuverlässigkeit in Frage gestellt werden könnte. Damit sei die berufliche Zuverlässigkeit der C*** und der Antragstellerin hinreichend nachgewiesen.

Unrichtig sei die Behauptung des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin binnen der ihr gesetzten Frist keine entsprechende Aufklärung iSd § 129 Abs. 2 BVergG gegeben habe. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 sei die Antragstellerin ersucht worden, binnen sieben Tagen darzulegen, welche Maßnahmen getroffen worden seien um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** wieder herzustellen. Die Antragstellerin habe mit Telefax vom 28.2.2007 mitgeteilt, dass die berufliche Zuverlässigkeit immer gegeben gewesen sei und dies auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Fall sei. Es habe keiner Maßnahmen bedurft um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit wieder herzustellen, da diese ohnehin immer gegeben gewesen sei. Weiters habe der Auftraggeber releviert, dass die schriftliche Mitteilung lediglich für die C*** erfolgt sei. Noch vor dem Ausschluss der Antragstellerin sei jedoch mit Telefax vom 15.3.2007 zur Verdeutlichung der Hinweis, dass selbstverständlich die Stellungnahme vom 28.2.2007 auch für die Arbeitsgemeinschaft, sohin die Antragstellerin, abgegeben worden sei, erfolgt. Überdies könnten nach Ansicht der Antragstellerin sämtliche Mitglieder einer ARGE im Vergabeverfahren Mitteilungen machen und sei auch die C*** direkt angesprochen gewesen, da ja behauptet worden sei, dass deren berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben gewesen sei. Nur nebenbei sei erwähnt, dass die C*** natürlich seitens der anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft zur Abgabe der Stellungnahme vom 28.2.2007 bevollmächtigt und beauftragt gewesen sei. Damit könne die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers auch nicht mit einer mangelnden Aufklärung iSd § 129 Abs. 2 BVergG gerechtfertigt werden. Anzumerken sei noch, dass § 129 Abs. 2 BVergG normiere, unter welchen Voraussetzungen Angebote auszuschneiden seien. Eine solche Ausscheidung eines Angebotes habe der Auftraggeber jedoch gar nicht vorgenommen, da er lediglich die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrages ausgesprochen habe. Unrichtig sei die Behauptung des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin binnen der ihr gesetzten Frist keine entsprechende

Aufklärung iSd Paragraph 129, Absatz 2, BVergG gegeben habe. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 sei die Antragstellerin ersucht worden, binnen sieben Tagen darzulegen, welche Maßnahmen getroffen worden seien um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** wieder herzustellen. Die Antragstellerin habe mit Telefax vom 28.2.2007 mitgeteilt, dass die berufliche Zuverlässigkeit immer gegeben gewesen sei und dies auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Fall sei. Es habe keiner Maßnahmen bedurft um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit wieder herzustellen, da diese ohnehin immer gegeben gewesen sei. Weiters habe der Auftraggeber releviert, dass die schriftliche Mitteilung lediglich für die C*** erfolgt sei. Noch vor dem Ausschluss der Antragstellerin sei jedoch mit Telefax vom 15.3.2007 zur Verdeutlichung der Hinweis, dass selbstverständlich die Stellungnahme vom 28.2.2007 auch für die Arbeitsgemeinschaft, sohin die Antragstellerin, abgegeben worden sei, erfolgt. Überdies könnten nach Ansicht der Antragstellerin sämtliche Mitglieder einer ARGE im Vergabeverfahren Mitteilungen machen und sei auch die C*** direkt angesprochen gewesen, da ja behauptet worden sei, dass deren berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben gewesen sei. Nur nebenbei sei erwähnt, dass die C*** natürlich seitens der anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft zur Abgabe der Stellungnahme vom 28.2.2007 bevollmächtigt und beauftragt gewesen sei. Damit könne die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers auch nicht mit einer mangelnden Aufklärung iSd Paragraph 129, Absatz 2, BVergG gerechtfertigt werden. Anzumerken sei noch, dass Paragraph 129, Absatz 2, BVergG normiere, unter welchen Voraussetzungen Angebote auszuschneiden seien. Eine solche Ausscheidung eines Angebotes habe der Auftraggeber jedoch gar nicht vorgenommen, da er lediglich die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrages ausgesprochen habe.

Die Antragstellerin sei in ihren Rechten auf Zulassung ihres Teilnahmeantrages und Einladung zur Angebotsabgabe, auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lauten Wettbewerbs, auf fehlerfreie Anwendung der Ausschreibung sowie auf gesetzmäßige Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin habe ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren durch Stellung des Teilnahmeantrages dokumentiert. Der Teilnahmeantrag entspreche den Bestimmungen des BVergG und den Ausschreibungsunterlagen.

Durch die rechtswidrige Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin drohe dieser insofern ein Schaden, als ihr die Möglichkeit genommen wäre, ein verbindliches Angebot zu legen, als Bestbieter hervorzugehen und den Auftrag zu erhalten. Es sei von einem Auftragswert von rd. Euro XXX auszugehen, wobei die Antragstellerin einen Gewinn in Höhe von rd. XXX % des Auftragswertes bzw. der Auftragssumme kalkuliere. Der Schaden aus entgangenem Gewinn würde sich daher auf ca. Euro XXX belaufen. Zusätzlich würde auch ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Insbesondere würde durch den ungerechtfertigten Hinweis auf eine mangelnde berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin deren wirtschaftliches Fortkommen massiv behindert. Durch die rechtswidrige Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin drohe dieser insofern ein Schaden, als ihr die Möglichkeit genommen wäre, ein verbindliches Angebot zu legen, als Bestbieter hervorzugehen und den Auftrag zu erhalten. Es sei von einem Auftragswert von rd. Euro römisch 30 auszugehen, wobei die Antragstellerin einen Gewinn in Höhe von rd. römisch 30 % des Auftragswertes bzw. der Auftragssumme kalkuliere. Der Schaden aus entgangenem Gewinn würde sich daher auf ca. Euro römisch 30 belaufen. Zusätzlich würde auch ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Insbesondere würde durch den ungerechtfertigten Hinweis auf eine mangelnde berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin deren wirtschaftliches Fortkommen massiv behindert.

Ohne die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens könne der Auftraggeber die zweite Stufe des zweistufigen Verfahrens einleiten und verbindliche Angebote einholen. Ein gelinderes Mittel als die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens sei nicht ersichtlich. Auch bestünden keine besonderen öffentlichen Interessen an der unverzügerten Durchführung des Vergabeverfahrens bzw. der technischen Planung. Es bestehe kein besonderer Zeitdruck, die ausgeschriebenen Planungen durchzuführen.

Mit Schriftsatz vom 26. März 2007 teilte der Auftraggeber, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, mit, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV Code: 74260000) im Oberschwabenbereich handle. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXX ohne USt. Es handle sich um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Das Verfahren sei EU-weit am 4.12.2006, in Österreich am 5.12.2006, bekannt gemacht worden. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe unmittelbar vor der Versendung der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe. Es lägen demgemäß noch keine Angebote vor, eine

Zuschlagsentscheidung sei noch nicht erfolgt. Auch sei das Verfahren nicht widerrufen worden. Gründe, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden, worden nicht vorgebracht. Mit Schriftsatz vom 26. März 2007 teilte der Auftraggeber, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, mit, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag (CPV Code: 74260000) im Oberschwellenbereich handle. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 30 ohne USt. Es handle sich um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Das Verfahren sei EU-weit am 4.12.2006, in Österreich am 5.12.2006, bekannt gemacht worden. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe unmittelbar vor der Versendung der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe. Es lägen demgemäß noch keine Angebote vor, eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht erfolgt. Auch sei das Verfahren nicht widerrufen worden. Gründe, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden, worden nicht vorgebracht.

Im Rahmen des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevante Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), die die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Herrn Z***, wurde seitens der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd am 21. März 2005 die Vollmacht erteilt, die Gesellschaft in sämtlichen Angelegenheiten vor den Bundesvergabekontrollbehörden vollinhaltlich nach außen zu vertreten.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, der in einem zweistufigen nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das Verfahren wurde am 4.12.2006 EU-weit und am 5.12.2006 in Österreich bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Auskunft des Auftraggebers EUR XXX netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG, der in einem zweistufigen nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das Verfahren wurde am 4.12.2006 EU-weit und am 5.12.2006 in Österreich bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Auskunft des Auftraggebers EUR römisch 30 netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Das Verfahren befindet sich im Stadium vor Aufforderung zur Angebotslegung, also vor Einleitung der zweiten Stufe. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 wurde der Antragstellerin die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe gemäß § 103 Abs 7 BVergG mitgeteilt. Begründet wurde die Nicht-Zulassung mit "Vorkommnissen" bei der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, aufgrund derer die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C***, eines Mitgliedes der antragstellenden Bietergemeinschaft, nicht gegeben sei. Das Verfahren befindet sich im Stadium vor Aufforderung zur Angebotslegung, also vor Einleitung der zweiten Stufe. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 wurde der Antragstellerin die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe gemäß Paragraph 103, Absatz 7, BVergG mitgeteilt. Begründet wurde die Nicht-Zulassung mit "Vorkommnissen" bei der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, aufgrund derer die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C***, eines Mitgliedes der antragstellenden Bietergemeinschaft, nicht gegeben sei.

Gegen diese Entscheidung brachte die Antragstellerin am 22.3.2007 einen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5; BVA vom 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10 uvam). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro XXX netto und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich 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 Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5; BVA vom 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10 uvam). Der

gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro römisch 30 netto und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich 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.

Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. In diesem Verfahren stellt die Nicht-Zulassung zur Teilnahme eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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 mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. In diesem Verfahren stellt die Nicht-Zulassung zur Teilnahme eine gesondert anfechtbare Entscheidung 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.

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. 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 Bundesvergabebeamtes 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes 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 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 Bundesvergabebeamtes 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, die zweite Stufe des Vergabeverfahrens einzuleiten, indem die ausgewählten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen werden. 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 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 die Aussetzung des Vergabeverfahrens 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, die zweite Stufe des Vergabeverfahrens einzuleiten, indem die ausgewählten Bewerber zur Angebotslegung eingeladen werden. 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 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 die Aussetzung des Vergabeverfahrens 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 Einwände gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Auch 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. Der Schaden wurde auch ziffernmäßig dargestellt. Auch der mögliche Verlust eines wichtigen Referenzprojektes ist – als drohender finanzieller Schaden – im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigen und zu werten.

Weiters ist 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.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 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.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).

Im Hinblick darauf und in 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.

Nach der Beendigung der ersten Stufe des Vergabeverfahrens durch Auswahl der geeigneten Bewerber folgt als nächster Schritt des Auftraggebers die Einleitung der zweiten Verfahrensstufe durch die Aufforderung zur Angebotslegung. Das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zur Sicherung der Rechtsposition der Antragstellerin wäre daher grundsätzlich eine zeitlich befristete Untersagung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Da mit der beantragten einstweiligen Verfügung – aufgrund des derzeitigen Verfahrensstandes – nicht die Untersagung der Zuschlagserteilung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, kommt dieser *e contrario* § 328 Abs 5 BVerG keine aufschiebende Wirkung zu. Da der Auftraggeber sohin bis zur Erlassung der gegenständlichen einstweiligen Verfügung weiterhin die Möglichkeit hätte, die zweite Verfahrensstufe einzuleiten, indem er die Bewerber zur Angebotslegung auffordert, ist es notwendig, das gesamte Vergabeverfahren auszusetzen. Dies würde im Falle einer Aufforderung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten Bewerber vor Rechtskraft der gegenständlichen einstweiligen Verfügung der Antragstellerin die Möglichkeit erhalten, sich mit gleichen Chancen wie die übrigen Bieter am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Nach der Beendigung der ersten Stufe des Vergabeverfahrens durch Auswahl der geeigneten Bewerber folgt als nächster Schritt des Auftraggebers die Einleitung der zweiten Verfahrensstufe durch die Aufforderung zur Angebotslegung. Das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel zur Sicherung der Rechtsposition der Antragstellerin wäre daher grundsätzlich eine zeitlich befristete Untersagung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Da mit der beantragten einstweiligen Verfügung – aufgrund des derzeitigen Verfahrensstandes – nicht die Untersagung der Zuschlagserteilung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, kommt dieser *e contrario* Paragraph 328, Absatz 5, BVerG keine aufschiebende Wirkung zu. Da der Auftraggeber sohin bis zur Erlassung der gegenständlichen einstweiligen Verfügung weiterhin die Möglichkeit hätte, die zweite Verfahrensstufe einzuleiten, indem er die Bewerber zur Angebotslegung auffordert, ist es notwendig, das gesamte Vergabeverfahren auszusetzen. Dies würde im Falle einer Aufforderung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten Bewerber vor Rechtskraft der gegenständlichen einstweiligen Verfügung der Antragstellerin die Möglichkeit erhalten, sich mit gleichen Chancen wie die übrigen Bieter am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Diese zeitlich befristete Maßnahme ist in der vorliegenden Konstellation 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 BVerG 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 3. Mai 2007, zu befristen. Zur Dauer der ausgesprochenen vorläufigen Maßnahmen ist anzumerken, dass Paragraph 329, Absatz 3, BVerG 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 3. Mai 2007, zu befristen.

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

Dokumentnummer

VERGT_20070328_N_0024_BVA_15_2007_EV10_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