

TE Verg Bescheid 2006/7/27 N/0054-BVA/09/2006-EV33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.07.2006

Norm

BVergG 2006 §329 Abs3

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 durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Wolfgang Pointner, im Verfahren über den Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch X*** auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 13. Juli 2006 betreffend das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" der Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 13. Juli 2006 wird stattgegeben.

Die mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Juli 2006, N/0054- BVA/09/2006-EV16, erlassene einstweilige Verfügung ist mit sofortiger Wirksamkeit

aufgehoben.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs. 3 BVergG 2006 Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006

Begründung

Mit Schreiben vom 18. Juli 2006 bringt die Antragsgegnerin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wie folgt vor, dass sie in Reaktion auf den ihr am 13.7.2006 zugegangenen Bescheid des BVA, mit dem ihr die Fortsetzung des Vergabeverfahrens "PPP Ostregion - Paket 1" untersagt wird, allen Bietern schriftlich bekannt gegeben habe, dass vor Erledigung des Nachprüfungsverfahrens keine Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" bekannt gegeben würde. Damit werde den vom BVA in seiner Bescheidsbegründung dargestellten Bedenken, dass Rechtswidrigkeiten der Bestbieterermittlung im Rahmen einer Bekämpfung der von der ASFINAG noch bekannt zu gebenden Zuschlagsentscheidung nicht mehr geltend gemacht werden könnten, Rechnung getragen. Von der Antragstellerin könne somit zum Einen bereits im Rahmen dieses Nachprüfungsverfahrens alles vorgebracht werden, was sie zur Darlegung der behaupteten Rechtswidrigkeiten der

angefochtenen Bekanntgabe der Bestbieterermittlung vorzubringen wünsche. Zum Anderen stehe es der Antragstellerin offen, nach Ablauf des Nachprüfungsverfahrens die ihr wie auch allen anderen Bietern noch gesondert bekannt zu gebende Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen. Durch diese Vorgangsweise würden die den Bietern nach dem BVergG zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten in keiner Weise verkürzt.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 habe das BVA die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Aus der Judikatur des BVA folge, dass die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nur durch Änderungen des Sachverhaltes begründet werden könne, die nicht bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung vorhanden waren. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 habe das BVA die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Aus der Judikatur des BVA folge, dass die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nur durch Änderungen des Sachverhaltes begründet werden könne, die nicht bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung vorhanden waren.

Die von der Antragsgegnerin der Antragstellerin - wie auch den anderen Bietern - bekannt gegebene Festlegung, dass vor Erledigung dieses Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegeben werden würde, stelle ein solches neues Sachverhaltselement dar. Wie bereits oben ausgeführt, würde damit den vom BVA in der Begründung des Bescheides zur Erlassung der einstweiligen Verfügung angeführten Bedenken, dass Rechtswidrigkeiten der Bestbieterermittlung im Rahmen der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr geltend gemacht werden könnten, Rechnung getragen. Der Antragstellerin sei es somit möglich, in dem von ihr bereits anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren sämtliche von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten der Bestbieterermittlung vorzubringen und das BVA darüber befinden zu lassen, bevor die Antragsgegnerin eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben würde, die ihrerseits wiederum einer Anfechtung durch die Antragstellerin zugänglich sei. Die befürchtete Präklusion der Einwendungen gegen die Zuschlagsentscheidung könne nun jedenfalls nicht mehr eintreten, da die Zuschlagsentscheidung keinesfalls vor Entscheidung des BVA in diesem Nachprüfungsverfahren bekannt gegeben würde.

Durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 17.7.2006 an alle Bieter sei nunmehr sichergestellt, dass die - zuvor nicht ausgeschlossene - Möglichkeit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vor einer Entscheidung über die angefochtene Bestbieterermittlung durch das BVA keinesfalls mehr gegeben und insofern ein neuer Sachverhalt eingetreten sei, der das Sicherungsinteresse der Antragstellerin an der Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung wegfallen ließe.

Das Interesse der Antragsgegnerin sowie des bekannt gegebenen Bestbieters an der Aufhebung bzw. Einschränkung der einstweiligen Verfügung sei hingegen überaus groß: Gemäß A.II Punkt 13.4 AU-LAFO sei der bekannt gegebene Bestbieter verpflichtet, binnen festgesetzten Fristen ab Bekanntgabe der Bestbieterermittlung Entwürfe der Finanzierungsverträge, der Verträge des Konzessionärs mit dem Subunternehmer Bau bzw. dem Subunternehmer Betrieb sowie des Gesellschaftsvertrages des Konzessionärs zur Genehmigung durch die Antragsgegnerin vorzulegen. Durch die einstweilige Verfügung sei nun die Antragsgegnerin daran gehindert, diese Vertragsentwürfe entgegenzunehmen. Der Bestbieter würde daher Gefahr laufen, wegen Nichterfüllung ihn treffender Handlungspflichten vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden zu müssen, dies allerdings zu einem Zeitpunkt, zu dem über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin noch gar nicht entschieden worden sei. Die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung drohe somit das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens vorwegzunehmen, sieht sich die Antragsgegnerin der Gefahr ausgesetzt, den Bestbieter vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens ausscheiden zu müssen. Dies wiederum könne nicht den Intentionen des vom BVergG vorgesehenen Rechtsschutzsystems und insbesondere der gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 vorzunehmenden Interessenabwägung entsprechen, da ein Auftraggeber vor Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens aufgrund der verfügbaren einstweiligen Maßnahme dazu gezwungen sein könnte, den Bestbieter auszuschließen. Das Interesse der Antragsgegnerin sowie des bekannt gegebenen Bestbieters an der Aufhebung bzw. Einschränkung der einstweiligen Verfügung sei hingegen überaus groß: Gemäß A.II Punkt 13.4 AU-LAFO sei der bekannt gegebene Bestbieter verpflichtet, binnen festgesetzten Fristen ab Bekanntgabe der Bestbieterermittlung Entwürfe der Finanzierungsverträge, der Verträge des Konzessionärs mit dem Subunternehmer Bau bzw. dem Subunternehmer Betrieb sowie des Gesellschaftsvertrages des Konzessionärs zur Genehmigung durch die Antragsgegnerin vorzulegen. Durch die einstweilige Verfügung sei nun die Antragsgegnerin daran gehindert, diese Vertragsentwürfe entgegenzunehmen. Der Bestbieter würde daher Gefahr laufen, wegen

Nichterfüllung ihn treffender Handlungspflichten vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden zu müssen, dies allerdings zu einem Zeitpunkt, zu dem über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin noch gar nicht entschieden worden sei. Die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung drohe somit das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens vorwegzunehmen, sieht sich die Antragsgegnerin der Gefahr ausgesetzt, den Bestbieter vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens ausscheiden zu müssen. Dies wiederum könne nicht den Intentionen des vom BVergG vorgesehenen Rechtsschutzsystems und insbesondere der gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 vorzunehmenden Interessenabwägung entsprechen, da ein Auftraggeber vor Entscheidung des Nachprüfungsverfahrens aufgrund der verfügten einstweiligen Maßnahme dazu gezwungen sein könnte, den Bestbieter auszuschneiden.

In ihrer Stellungnahme vom 20. Juli 2006 führt die Bietergemeinschaft A*** zum Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung aus, dass dieser Antrag der Antragsgegnerin (ASFINAG) insofern ins Leere gehe, als sie behauptet hätte, dass die Vertragsverhandlungen bereits abgeschlossen seien und keine weiteren Verhandlungen stattfinden würden. Wenn ohnehin keine weiteren Verhandlungen mehr möglich bzw. beabsichtigt seien, warum begehre sie dann ausdrücklich ihr solche Verhandlungen zu gestatten?

Seitens A*** wird weiters ausgeführt, dass die den Bietern mit Telefaxmitteilung vom 18. Juli 2006 bekannt gegebene Festlegung der Antragsgegnerin, die Zuschlagsentscheidung vor der Entscheidung über das Vergabekontrollverfahren nicht bekannt zu geben, kein neues Sachverhaltselement darstelle. Die einstweilige Verfügung vom 13. Juli 2006 sei damit begründet worden, dass die Gleichbehandlung aller Bieter sichergestellt werden müsse. An dieser - den Spruch der einstweiligen Verfügung tragenden - Begründung habe sich nichts geändert. Auch die Festlegung der Antragsgegnerin vor Rechtskraft des hier gegenständlichen Vergabekontrollverfahrens keine Zuschlagsentscheidung bekannt geben zu wollen, sei nicht neu. Rechtlich betrachtet sei Bekanntgabe der Antragsgegnerin, keine Zuschlagsentscheidung vor Ende des Vergabekontrollverfahrens bekannt zu geben, als rechtliches nullum anzusehen. Mit der einstweiligen Verfügung vom 13. Juli 2006 wäre nämlich der Antragsgegnerin untersagt worden, dass Vergabeverfahren fortzusetzen. Die Antragsgegnerin dürfe somit überhaupt keine weiteren Schritte im Vergabeverfahren setzen. Es sei ihr daher auch verwehrt, diese "Festlegung" zu treffen.

Zur Interessenabwägung führt A*** aus, dass es in ihrem Interesse gelegen sei, den ausgeschriebenen Auftrag zu erhalten. Sie wolle diesen Auftrag haben und ausführen, um die Kosten der Angebotsstellung und den veranschlagten Gewinn Erlösen zu können und ein wichtiges Referenzprojekt im PPP-Bereich vorweisen zu können.

Dieses Interesse sei dann gefährdet, wenn die Antragsgegnerin den Baukonzessionsvertrag vor Ende des gegenständlichen Vergabekontrollverfahrens abschließen würde. Zwar würde A*** dann im Fall des Obsiegens im Vergabekontrollverfahren ein Schadenersatzanspruch gegenüber der Antragsgegnerin zustehen. Dieser Schadenersatzanspruch müsse aber zeit- und kostenintensiv unter den Regime von für A*** nachteiligen Beweislastregelungen vor den ordentlichen Gerichten eingeklagt werden. Der Nutzen, den ein solches Referenzprojekt bei vergleichbaren Ausschreibungen bringen würde, ließe sich über dies kaum beziffern.

Selbst wenn es sich bei der Telefaxmitteilung der Antragsgegnerin vom 18. Juli 2006 tatsächlich um eine zivilrechtlich verbindliche Zusage handeln würde, den Zuschlag nicht vor Abschluss des Vergabekontrollverfahrens bekannt zu geben, wäre ein vorzeitiger Zuschlag nicht rechtlich unmöglich. Die Antragsgegnerin würde bei einem Zuschlag entgegen ihrer Zusage lediglich schadenersatzpflichtig werden, A*** wäre mit ihrem diesbezüglichen Schadenersatzansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen. Der Auftrag aber könnte nicht mehr erlangt werden, der daraus resultierende Schaden sei evident.

Selbst wenn die Antragsgegnerin mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung tatsächlich bis zum Abschluss des Vergabekontrollverfahrens zuwarten würde, wäre damit der verfahrensrechtliche Nachteil, der A*** aus dem von der Antragsgegnerin gewählten System der gesplitterten Bestbieterermittlung drohe, noch nicht hintan gehalten.

Inhalt einer Zuschlagsentscheidung sei die Bekanntgabe der Bestbieterermittlung; die gesetzlich vorgesehene Informationsrechte und Pflichten knüpfen an die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an. Eben diese Informationsrechte und Pflichten bestünden einerseits hinsichtlich der sonstigen Festlegungen nicht. So wisse A*** nicht, aus welchen Unternehmen sich der in Aussicht genommene Bestbieter zusammensetze. Mit Schreiben vom 3. Juli 2006 habe es die Antragsgegnerin sogar ausdrücklich abgelehnt die Zusammensetzung des Konsortiums bekannt zu geben.

Diese Beschränkung der Anfechtungsrechte sei das direkte Resultat des von der Antragsgegnerin gewählten Systems der "gesplitterten Bestbieterermittlung". Die Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach diesem System sei derzeit auf Grund der erlassenen einstweiligen Verfügung gestoppt. Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung würde dazu führen, dass die Antragsgegnerin jene Verhandlungen setzen dürfe, deren System immanente Rechtswidrigkeit A*** mit ihrem Nachprüfungsantrag gerügt habe. Selbst wenn A*** daher in der Sache Recht behalten sollte, wären diese Handlungen irreversibel gesetzt und könnten auf Grund eingetretener Präklusion mit der Zuschlagsentscheidung nicht mehr angefochten werden. Die Antragsgegnerin hätte im Fall der Aufhebung der einstweiligen Verfügung rechtlich die Möglichkeit, den Zuschlag auch vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu erteilen und die Anfechtungsmöglichkeiten durch Nichterteilung der erforderlichen Auskünfte ins Leere laufen zu lassen. Die einzige rechtliche Möglichkeit, einen Zuschlag sicher zu verhindern bzw. eine Einschränkung der Verfahrensrechte wirksam hinten zu halten, bestehe darin, das Vergabeverfahren weiter ausgesetzt zu lassen.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt die erlassene einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amtswegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt die erlassene einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amtswegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Gemäß der gängigen Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes und auch aus der Begründung des Bescheides zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung, GZ N/0054-BVA/09/2006-EV16 vom 13. Juli 2006 ersichtlich, handelt es sich beim Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung um ein Provisorialverfahren, in dem nur die ersten Eckdaten des Vergabeverfahrens bekannt sind. Wie aus dem Nachprüfungsakt ersichtlich, konnte aufgrund der begehrten Fristerstreckung die Vorlage des gesamten Vergabeaktes durch die ASFINAG erst am 19. Juli 2006 erfolgen. Ab diesem Zeitpunkt war es dem Bundesvergabeamt möglich, Einsicht in die Details des Vergabeverfahrens zu nehmen.

Wie sich aus den nun vorgelegten Unterlagen insbesondere aus dem Teil A.II der Ausschreibungsunterlagen Punkt 13.2 ergibt, stellt die ASFINAG ausdrücklich klar, dass die Mitteilung vom 22.6.2006 über das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote nicht die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 darstellt, sondern eine sonstige Festlegung die den letzten Abschnitt des Verhandlungsverfahrens einleitet. Daraus ergibt sich, dass noch eine förmliche Zuschlagsentscheidung iSd § 100 BVergG 2002 zu treffen sein wird, an die sich die gesetzlich vorgesehene Stillhaltefrist bis zur effektiven Zuschlagserteilung anschließen muss. Wie sich aus den nun vorgelegten Unterlagen insbesondere aus dem Teil A.II der Ausschreibungsunterlagen Punkt 13.2 ergibt, stellt die ASFINAG ausdrücklich klar, dass die Mitteilung vom 22.6.2006 über das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote nicht die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, BVergG 2002 darstellt, sondern eine sonstige Festlegung die den letzten Abschnitt des Verhandlungsverfahrens einleitet. Daraus ergibt sich, dass noch eine förmliche Zuschlagsentscheidung iSd Paragraph 100, BVergG 2002 zu treffen sein wird, an die sich die gesetzlich vorgesehene Stillhaltefrist bis zur effektiven Zuschlagserteilung anschließen muss.

In Ergänzung zu dieser Bestimmung der Ausschreibungsunterlagen hat sich die ASFINAG mit Schreiben vom 17. Juli 2006 allen bevorzugten Bietern gegenüber verpflichtet, nicht vor der Entscheidung dieses Nachprüfungsverfahrens durch das Bundesvergabeamt die Zuschlagsentscheidung in diesem Vergabeverfahren bekannt zu geben.

Die einstweilige Verfügung dient nach der ständigen Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes dazu, durch behördliche Maßnahmen zu verhindern, dass zu Lasten der Rechtsschutzsuchenden Bieter vollendete Tatsachen geschaffen werden, die für den Antragsteller einen nicht wieder gutzumachenden Schaden bedeuten, bevor noch über den Nachprüfungsantrag entschieden wurde. Die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zwischen Auftraggeberin und der ermittelten Bestbieterin würde jedoch keine solchen umkehrbaren Fakten zu Lasten der anderen Bieter schaffen. Bei der weiteren Fortsetzung des Vergabeverfahrens droht nicht die Erteilung des Zuschlages. Auch würde sich die tatsächliche und rechtliche Position der A*** bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht ändern. Vielmehr würde die Aufrechterhaltung der erlassenen einstweiligen Verfügung zu einer Verzögerung des gesamten Vergabeverfahrens führen, die nicht im Interesse der Parteien und der Öffentlichkeit liegen kann.

VERGT_20060727_N_0054_BVA_09_2006_EV33_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