

TE Verg Bescheid 2005/6/10 17N-56/05-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.06.2005

Norm

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 17, Mag. Hubert Reisner in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Abs. 162 Abs. 2 BVergG 2002 betreffend das Vergabeverfahren "A6 Nord Ostautobahn, Spange A4 - Kittsee, Baulos 02, Straßen- und Brückenarbeiten" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 17, Mag. Hubert Reisner in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Absatz 162, Absatz 2, BVergG 2002 betreffend das Vergabeverfahren "A6 Nord Ostautobahn, Spange A4 - Kittsee, Baulos 02, Straßen- und Brückenarbeiten" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten nach Antragstellung die Erteilung des Zuschlages zugunsten der Mitbieterin C***/D***/E*** untersagen und die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühr von Euro 5.000,-- zu Handen des Rechtvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die

ASFINAG Baumanagement GmbH ist es untersagt, bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 3. August 2005, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren "A6 Nord Ostautobahn, Spange A4 - Kittsee, Baulos 02, Straßen- und Brückenarbeiten" zu erteilen.

Rechtsgrundlage: Abs. 171 Abs. 1, 3, 4 und 5 Bundesvergabegesetz
Rechtsgrundlage: Absatz 171, Absatz eins, 3, 4 und 5 Bundesvergabegesetz

2002 - BVergG, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005
2002 - BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,

II.römisch zwei.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH ist verpflichtet der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: Abs. 177 Abs. 5 BVergG 2002, Abs. 74 Abs. 2
Rechtsgrundlage: Absatz 177, Absatz 5, BVergG 2002, Absatz 74, Absatz 2

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl I Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte in der Folge Antragstellerin genannt, stellte mit Schriftsatz vom 3. Juni 2005 einen Nachprüfungsantrag. Sie beantragte darin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben sowie den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren. Diese Anträge betreffen das Vergabeverfahren "A6 Nord Ostautobahn, Spange A4 - Kittsee, Baulos 02, Straßen- und Brückenarbeiten" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH in der Folge Auftraggeberin genannt. Der Antragstellerin entgehe durch die Nichtdurchführung dieses Auftrages ein Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. Euro 5.442.774.--. Sie erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages zugunsten ihres Angebotes sowie auf Nichtfassung der Zuschlagsentscheidung zugunsten eines auszuschheidenden bzw. nicht zu berücksichtigenden Alternativangebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens und neuerlichen Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen nachfolgendes aus:

Das für die Vergabe in Aussicht genommene Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei bei der Angebotseröffnung nicht verlesen worden. Jedoch darf nach nunmehr ständiger Rechtsprechung auf nicht verlesene Preise ein Zuschlag nicht erteilt werden. Eine unterbliebene Verlesung wesentlicher Angebotsteile, darunter zähle jedenfalls der Angebotspreis, stelle aus vergaberechtlicher Sicht einen schweren und unbehebbarer Mangel dar. Weiters würden laut Angebotsöffnungsprotokoll wesentliche, zwingend verlangte Beilagen zum Alternativangebot fehlen. Die präsumtive Bestbieterin hätte bei sonstiger sofortiger Ausscheidenssanktion gemäß 8/2 der Ausschreibungsunterlagen für jedes Alternativangebot (d.h. auch für jede Kombination von Alternativen) das Formblatt für Alternativen und das Bauprogramm vorzulegen gehabt. Schon dessen Fehlen begründe das Ausscheiden. Die Antragstellerin gehe weiters davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Alternativangebot die nur für das Hauptangebot geeignete Zementtype verwenden möchte, weil sie keine eigenen K4-Blätter, die über den verwendeten Zement Aufschluss geben würden, vorgelegt habe. Diesfalls sei das Angebot aus technischem Grund ungeeignet, geschweige denn gleichwertig und daher ebenfalls mit einem unbehebbarer Mangel behaftet. Schließlich widerspreche das in der Alternative angebotene Baumischverfahren den Ausschreibungsunterlagen, weil entgegen deren Festlegung die Materialien erst beim Einbau selbst gemischt werden

würden. Dies begründe ebenfalls einen unbehebbarer Mangel. Die Antragstellerin brachte weiters vor, dass die Ausschreibung keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung der unterschiedlichen Qualität von Alternativangeboten enthalten würde. Die Ausschreibung lasse Alternativangebote deshalb nicht in eine bewertbare Beziehung zum Amtsentwurf setzen, weil die Zuschlagskriterien neben dem Preis bloß auf zwei formale Kriterien, nämlich die Bauzeitverkürzung und die Gewährleistungsverlängerung abstellen würden, die nicht geeignet seien, die konkret vorliegende unterschiedliche Qualität der Alternative Baumischverfahren zur Amtsvariante vergleichbar zu machen. Materiell betrachtet folge die Ausschreibung somit dem Billigstbieterprinzip, das keine Alternativangebote zulasse.

Zur einstweiligen Verfügung erhob die Antragstellerin ihr gesamtes Vorbringen des Nachprüfungsantrages auch zum Vorbringen des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und brachte darüber hinaus vor, dass die Auftraggeberin nach Ende der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen könne. Daraus ergebe sich für die Antragstellerin eine drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung (ex post) einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermöge. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegen. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könnte.

Mit Telefax vom 6. Juni 2005 erteilte die Auftraggeberin die erbetenen Auskünfte und gab an, dass keine besonderen Interessen bzw. auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens im Sinne des Abs. 171 Abs. 3 BVergG gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden. Das Bundesvergabeamt werde jedoch ersucht, das Verfahren so rasch als möglich abzuhandeln, sodass eine inhaltliche Entscheidung des Vergabeamtes nicht unter Ausnutzung der zweimonatigen Entscheidungsfrist ergehen möge. Mit Telefax vom 6. Juni 2005 erteilte die Auftraggeberin die erbetenen Auskünfte und gab an, dass keine besonderen Interessen bzw. auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens im Sinne des Absatz 171, Absatz 3, BVergG gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würden. Das Bundesvergabeamt werde jedoch ersucht, das Verfahren so rasch als möglich abzuhandeln, sodass eine inhaltliche Entscheidung des Vergabeamtes nicht unter Ausnutzung der zweimonatigen Entscheidungsfrist ergehen möge.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Die Auftraggeberin führt Erd- und Straßenbauarbeiten bezüglich des Bauprojektes A6 Nord Ostautobahn durch. Von den 21,798 km des gegenständlichen Bauloses liegen ca. 72% im Gebiet des Landes Burgenland und 28% im Gebiet des Landes Niederösterreich (Mitteilung Auftraggeberin vom 7. Juni 2005). Der gegenständliche Auftrag wird im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Der geschätzte Gesamtauftragswert des gegenständlichen Bauprojektes beträgt netto Euro 180,2 Mio. Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Baulos 02, Straßen- Brückenarbeiten, beträgt Euro 64 Mio. (Mitteilung Auftraggeberin vom 6. Juni 2005).

Gemäß Punkt 1,207 der Ausschreibungsgrundlagen soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Gemäß Punkt 1,304 (Zuschlagskriterien, auftragsbezogen) gelten für die Prüfung und Beurteilung der Angebote die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes. Zur Beurteilung der Angebote wird neben dem Preis auch die Qualität der vom Bieter zu erbringenden, ausgeschrieben Leistung herangezogen. Der Gesamtpreis wird mit 95% gewichtet, die Qualität mit 5%. Das Zuschlagskriterium "Qualität" ist in zwei weitere Unterkriterien gegliedert, nämlich in eine angebotene Verkürzung der Ausführungsdauer, gewichtet mit 2% und in eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist, gewichtet mit 3% (Beilage B des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 3. Juni 2005).

Mit Telefax vom 20. Mai 2005 teilte die Auftraggeberin den Bietern am 23. Mai 2005 mit, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bietergemeinschaft C***/D***/E*** als Bestbieter ermittelt wurde (Mitteilung Auftraggeberin vom 6. Juni 2005, Beilage).

Die Antragstellerin verständigte sowohl die Auftraggeberin als auch die vergebende Stelle am 3. Juni 2005 (10.52 Uhr bzw. 11.06 Uhr) per Telefax von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 3. Juni 2005, 11.35 Uhr, ein. Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000,-- (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen (Mitteilung Auftraggeberin vom 6. Juni 2005).

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die jeweils in Klammern genannten Beweismittel. Zweifel an deren Echtheit traten nicht auf. Ebenso wenig traten Zweifel an deren Richtigkeit auf, weshalb die obigen Feststellungen zu treffen waren.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag ausgeschrieben, der Erd- und Straßenbauarbeiten auf den Gebieten der Bundesländer Burgenland und Niederösterreich umfasst, sodass es sich um einen Bauauftrag nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG handelt. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag ausgeschrieben, der Erd- und Straßenbauarbeiten auf den Gebieten der Bundesländer Burgenland und Niederösterreich umfasst, sodass es sich um einen Bauauftrag nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG handelt.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art. II § 2 Abs. 1 ASFINAG - Gesetz BGBl Nr. 591/1982 idF BGBl I Nr. 174/2004, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des Hochrangigen Straßennetzes in Österreich einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Art. II § 5 des ASFINAG - Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art. II § 1 ASFINAG - Gesetz zu 100% dem Bund vorbehalten. Gemäß Art. II § 9 Abs. 2 ASFINAG - Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art. 14b Abs. 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes iSd § 135 Abs. 2 BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gegeben ist. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG - Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 174 aus 2004,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des Hochrangigen Straßennetzes in Österreich einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, des ASFINAG - Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG - Gesetz zu 100% dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG - Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes iSd Paragraph 135, Absatz 2, BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gegeben ist.

Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ASFINAG Baumanagement GmbH im Vollmachtsnamen der ASFINAG durch. Sie fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ASFINAG Baumanagement GmbH im Vollmachtsnamen der ASFINAG durch. Sie fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG.

Der geschätzte Wert des gegenständlichen Gesamtauftrages überschreitet den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG bei weitem. Daher sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der geschätzte Wert des gegenständlichen Gesamtauftrages überschreitet den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bei weitem. Daher sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen Zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen Zuständig.

1. 1.Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 23. Mai 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 3. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Die Verständigung der Auftraggeberin erfolgte per Telefax vor Einbringung des Nachprüfungsantrages. Er enthält alle nach § 166 Abs. 1 BVergG erforderlichen Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Abs. 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Abs. 163 BVergG einzuleiten. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 23. Mai 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 3. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Die Verständigung der Auftraggeberin erfolgte per Telefax vor Einbringung des Nachprüfungsantrages. Er enthält alle nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG erforderlichen Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Absatz 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Absatz 163, BVergG einzuleiten. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten.

3.3 Zur einstweiligen Verfügung

Nach § 171 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt durch Antrag auf einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern, sobald das Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren eingeleitet ist. Nach Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt durch Antrag auf einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern, sobald das Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren eingeleitet ist.

Nach § 171 Abs. 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicher Weise 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, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Der Auftraggeber und der Antragsteller sind vom Absehen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verständigen. Nach Paragraph 171, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt die vorhersehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicher Weise 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, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Der Auftraggeber und der Antragsteller sind vom Absehen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verständigen.

Gemäß § 171 Abs. 4 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils noch geringste zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils noch gelindeste zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 171 Abs. 5 BVergG 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 zwei Monate, bei einstweiligen Verfügungen betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich einen Monat, nach Antragstellung oder mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Gemäß Paragraph 171, Absatz 5, BVergG 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 zwei Monate, bei einstweiligen Verfügungen betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich einen Monat, nach Antragstellung oder mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin und bringt zusammenfassend vor, dass deren Angebot auszuschneiden sei. Die Auftraggeberin könne nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen. Dadurch ergebe sich eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin. Den beantragten Maßnahmen stünde ein allfälliges besonderes Interesse der Antragsgegnerin nicht entgegen. Es liege keine aktuelle Gefährdung von Leib, Leben oder Eigentum vor.

Die Auftraggeberin brachte dagegen lediglich vor, dass eine inhaltliche Entscheidung des Vergabeamtes nicht unter Ausnutzung der zweimonatigen Entscheidungsfrist ergehen möge. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen, wurden nicht behauptet und sind auch dem Bundesvergabeamt nicht erkennbar. In diesem Zusammenhang ist allgemein zu beachten, dass die Interessensabwägung dann zugunsten der Antragsteller auszufallen hat, wenn sich der Auftraggeber ausdrücklich nicht gegen die beantragte einstweilige Verfügung ausspricht und zudem im konkreten Vergabeverfahren auch nicht von einer Gefahrensituation für Leib und Leben ausgegangen werden kann (BVA 24.3.2005, 12N-19/05-4).

"Das Gesetz trägt nach seinem klaren Wortlaut der Behörde nicht auf, zu prüfen, welcher Partei welche Maßnahmen zuzumuten ist oder ob durch eine verhängte Maßnahme eine bestimmte Rechtsauffassung unterstellt wird oder nicht. Im Provisorialverfahren geht es lediglich um die Notwendigkeit, zu verhindern, dass die Hauptentscheidung durch faktische Geschehnisse ins Leere geht und die Antragstellerin somit einerseits vor vollendete Tatsachen gestellt wird und andererseits um die Frage, welche nachteilige Folgen mit der einstweiligen Verfügung verbunden sind und ob diese die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen (BVA 9.4.2001, N-62/00-42, N-7/01-39, N-9/01-39, N-10/01-39, N-24/01-34)". (Hahnl, BVergG - Bundesvergabegesetz 2002 [2002], Abs. 171 E.3). "Das Gesetz trägt nach seinem klaren Wortlaut der Behörde nicht auf, zu prüfen, welcher Partei welche Maßnahmen zuzumuten ist oder ob durch eine verhängte Maßnahme eine bestimmte Rechtsauffassung unterstellt wird oder nicht. Im Provisorialverfahren geht es lediglich um die Notwendigkeit, zu verhindern, dass die Hauptentscheidung durch faktische Geschehnisse ins Leere geht und die Antragstellerin somit einerseits vor vollendete Tatsachen gestellt wird und andererseits um die Frage, welche nachteilige Folgen mit der einstweiligen Verfügung verbunden sind und ob diese die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen (BVA 9.4.2001, N-62/00-42, N-7/01-39, N-9/01-39, N-10/01-39, N-24/01-34)". (Hahnl, BVergG - Bundesvergabegesetz 2002 [2002], Absatz 171, E.3).

Auf Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin und der Ausschreibungsunterlagen ist nach § 170 Abs. 2 BVergG das Nachprüfungsverfahren einzuleiten und wurde dieses durch die Verständigung der Auftraggeberin und Vorlage der Unterlagen auch bereits eingeleitet. Es ist anzumerken, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner Zeitplanung die Dauer des Nachprüfungsverfahrens einkalkulieren muss (z.B. BVA 4.8.2004, 16N-72/04-14). Auf Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin und der Ausschreibungsunterlagen ist nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG das Nachprüfungsverfahren einzuleiten und wurde dieses durch die Verständigung der Auftraggeberin und Vorlage der Unterlagen auch bereits eingeleitet. Es ist anzumerken, dass der

Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes bei seiner Zeitplanung die Dauer des Nachprüfungsverfahrens einkalkulieren muss (z.B. BVA 4.8.2004, 16N-72/04-14).

Schließlich sind das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10; VfGH 15.10.2001, B 1369/01) und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (z.B. BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25) zu berücksichtigen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat naturgemäß ein Interesse an einer möglichst raschen Zuschlagserteilung, die plangemäß nur bei Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann. Ebenso hat die Auftraggeberin ein Interesse, den Bauzeitplan einzuhalten, der einen baldigen Baubeginn vorsieht. Dazu ist festzustellen, dass der geplante Beginn der Ausführung durch die Dauer der einstweiligen Verfügung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten in Anbetracht der Baudauer in den Jahren 2005 bis 2007 nur geringfügig beeinträchtigt wird. Die Baufertigstellung im März 2009 scheint in Anbetracht der langen Baudauer nicht wesentlich gefährdet. Diese Interessen werden jedoch durch das bereits dargestellte öffentliche Interesse an der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sowie die Interessen der Antragstellerin aufgewogen. Die Interessen der übrigen Bieter sind den oben genannten Interessen untergeordnet, da sie nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Ungunsten nicht mehr mit der Erteilung des Zuschlages zu rechnen scheinen, zumal kein anderer Bieter ein Nachprüfungsverfahren angestrengt hat. Durch die theoretisch bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens oder zumindest bis zur Ablauf der Zuschlagsfrist nötige Vorhaltung der zur Ausführung des gegenständlichen Auftrages erforderliche Ressourcen werden sie faktisch nicht mehr belastet. Unter Abwägung aller berücksichtigungswerter Interessen ergibt sich daher ein Überwiegen der Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen am Unterbleiben derselben.

Als anzuordnende Maßnahme beantrage die Antragstellerin das Verbot der Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene, in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Die Zuschlagserteilung zu untersagen stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maße beschränkt. Daher handle es sich auch um das gelindeste geeignete, noch zum Ziel führende Mittel iSd § 171 Abs. 4 BVergG. Als anzuordnende Maßnahme beantrage die Antragstellerin das Verbot der Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene, in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Die Zuschlagserteilung zu untersagen stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maße beschränkt. Daher handle es sich auch um das gelindeste geeignete, noch zum Ziel führende Mittel iSd Paragraph 171, Absatz 4, BVergG.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten. Die einstweilige Verfügung dient der vorläufigen Verhinderung des Eintritts des geltend gemachten Schadens, somit der Sicherung der Möglichkeit eines effektiven Nachprüfungsverfahrens. Sie tritt mit Entscheidung in der Hauptsache ex lege außer Kraft, ohne dass es einer weiteren Anordnung bedürfte. Daraus ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll.

3.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr

Nach § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Nach § 74 Abs. 2 AVG legt fest, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden. Nach Paragraph 74, Absatz 2, AVG legt fest, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden.

§ 177 Abs. 5 BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/ Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus § 74 Abs. 2 AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind. Daher ist das für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständige Organ auch zuständig, über den Ersatz der für die einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen. Dies ist nach § 154 Abs. 1 Z 2 BVergG der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende oder ein Senatsvorsitzender des Bundesvergabeamtes (BVA 20.5.2005, 04N-16/05-25). Paragraph 177, Absatz 5, BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/ Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus Paragraph 74, Absatz 2, AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind. Daher ist das für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständige Organ auch zuständig, über den Ersatz der für die einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen. Dies ist nach Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende oder ein Senatsvorsitzender des Bundesvergabeamtes (BVA 20.5.2005, 04N-16/05-25).

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für die Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, präzisiert noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt. Sie hat daher zumindest teilweise obsiegt. Da sich der Antrag und die aufgetragene Maßnahme gegen die Auftraggeberin wenden, ist sie als Antragsgegnerin iSd § 171 Abs. 1 und 177 Abs. 5 BVergG anzusehen. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für die Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, präzisiert noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt. Sie hat daher zumindest teilweise obsiegt. Da sich der Antrag und die aufgetragene Maßnahme gegen die Auftraggeberin wenden, ist sie als Antragsgegnerin iSd Paragraph 171, Absatz eins und 177 Absatz 5, BVergG anzusehen.

Dokumentnummer

VERGT_20050610_17N_56_05_6_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>