

TE Bvwg Beschluss 2015/11/19 W134 2117050-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.11.2015

Entscheidungsdatum

19.11.2015

Norm

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §373a

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
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 § 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

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. GewO 1994 § 373a heute
 2. GewO 1994 § 373a gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
 3. GewO 1994 § 373a gültig von 17.10.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 4. GewO 1994 § 373a gültig von 18.01.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 5. GewO 1994 § 373a gültig von 14.09.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 373a gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 7. GewO 1994 § 373a gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 8. GewO 1994 § 373a gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 9. GewO 1994 § 373a gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W134 2117050-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "NBTU Perjentunnel Neubau 2. Röhre / Bauleistung: Neubau Perjentunnel 2. Röhre", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft,

Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX bestehend aus 1) XXXX und 2) XXXX , vertreten durch XXXX , vom 12.11.2015 "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen" wie folgt beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "NBTU Perjentunnel Neubau 2. Röhre / Bauleistung: Neubau Perjentunnel 2. Röhre", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der römisch 40 bestehend aus 1) römisch 40 und 2) römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , vom 12.11.2015 "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen" wie folgt beschlossen:

A)

Der Auftraggeberin wird gemäß § 328 BVergG 2006 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen. Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien: römisch eins. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 12.11.2015, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 02.11.2015, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 02.11.2015 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem Angebot der XXXX bestehend aus der österreichischen XXXX und der schweizerischen XXXX den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist ein Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 02.11.2015 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem Angebot der römisch 40 bestehend aus der österreichischen römisch 40 und der schweizerischen römisch 40 den Zuschlag zu erteilen.

Folgende Rechtswidrigkeiten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden vorliegen:

1. Zur mangelnden Befugnis der XXXX im Speziellen: 1. Zur mangelnden Befugnis der römisch 40 im Speziellen:

Bei der XXXX würde es sich um eine Gesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in der Schweiz handeln. Es werde bezweifelt, ob ein rechtskräftiger Feststellungsbescheid gemäß § 373 a Abs. 5 Gewerbeordnung vorliegen würde. Selbst wenn dieser vorliegen würde, dürften nur Dienstleistungen in Österreich erbracht werden, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreiten. Somit verfüge die XXXX jedenfalls nur für 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr über die erforderliche Befugnis, nicht aber für die restliche Zeit des Jahres. Daher sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Bei der römisch 40 würde es sich um eine Gesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in der Schweiz handeln. Es werde bezweifelt, ob ein rechtskräftiger Feststellungsbescheid gemäß Paragraph 373, a Absatz 5, Gewerbeordnung vorliegen würde. Selbst wenn dieser vorliegen würde, dürften nur Dienstleistungen in Österreich erbracht werden, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage

pro Kalenderjahr nicht überschreiten. Somit verfüge die römisch 40 jedenfalls nur für 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr über die erforderliche Befugnis, nicht aber für die restliche Zeit des Jahres. Daher sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden.

2. Zur mangelnden Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Allgemeinen:

Leistungsgegenstand seien nicht nur ausführende Tätigkeiten sondern auch Planungsleistungen. Dafür sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch nicht selbst befugt. Die Planungsleistungen seien im Zusammenhang mit den Kernleistungen zu mehr als 50 % von der XXXX als Eigenleistung selbst zu erbringen und dürften nicht an Subunternehmer weitergegeben werden. Selbst wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher einen Subunternehmer für Planungsleistungen namhaft gemacht hätte, wäre sie nicht zur Erbringung der Planungsleistungen als Eigenleistung befugt und ihr Angebot daher auszuscheiden. Weiters würde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - falls sie keinen dazu befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe - die Befugnis für folgende Tätigkeiten fehlen: Leistungsgegenstand seien nicht nur ausführende Tätigkeiten sondern auch Planungsleistungen. Dafür sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch nicht selbst befugt. Die Planungsleistungen seien im Zusammenhang mit den Kernleistungen zu mehr als 50 % von der römisch 40 als Eigenleistung selbst zu erbringen und dürften nicht an Subunternehmer weitergegeben werden. Selbst wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher einen Subunternehmer für Planungsleistungen namhaft gemacht hätte, wäre sie nicht zur Erbringung der Planungsleistungen als Eigenleistung befugt und ihr Angebot daher auszuscheiden. Weiters würde der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - falls sie keinen dazu befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe - die Befugnis für folgende Tätigkeiten fehlen:

- a) das Sammeln von Abfällen,
- b) das Herstellen, Einrichten, Betreiben und Räumen von Sprengstofflagern,
- c) das Durchführen von geotechnischen Messungen,
- d) das Prüfen des Aushubmaterials,
- e) das Durchführen von Lastplattenversuchen,
- f) das Erstellen oder Prüfen der Pläne und statischen Berechnungen sowie Überprüfen und Freigeben dieser Einrichtungen und Gerüste durch einen Ziviltechniker mit entsprechender Befugnis,
- g) Spenglerarbeiten,
- h) Metallbauarbeiten,
- i) Metalltechnikanarbeiten,
- j) das Nachweisen des Brandverhaltens der Gesamtkonstruktion durch einen Prüfbericht einer Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstelle,
- k) das Erstellen oder Prüfen der statischen Berechnungen sowie der Konstruktionspläne durch einen Ziviltechniker,
- l) diverse weitere Arbeiten wie Vermessungsarbeiten, Erschütterungsmessungen, Sprengsachverständigenarbeiten und diverse Abnahmen und Überprüfungen durch eine akkreditierte Prüfstelle.

3. Zur mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Die XXXX verfüge nur für einen Zeitraum von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr über die erforderliche Befugnis und könne daher die personellen und technischen Kapazitäten nur in dieser Zeit heranziehen. Dies bedeute, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Kapazitäten der XXXX für ganze 256 Arbeitstage pro Jahr nicht zur Verfügung stehe. Für diesen Zeitraum könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher für die Leistungserbringung nur die Kapazitäten der XXXX (etwa 45 Mitarbeiter) heranziehen. Dies sei nicht ausreichend, um das geplante Bauende 31.03.2019 einhalten zu können. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit auszuscheiden. Die römisch 40 verfüge nur für einen Zeitraum von 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr über die erforderliche Befugnis und könne daher die personellen und technischen Kapazitäten nur in dieser Zeit heranziehen. Dies bedeute, dass der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Kapazitäten der römisch 40 für ganze 256 Arbeitstage pro Jahr nicht zur Verfügung stehe. Für diesen Zeitraum könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher für die Leistungserbringung nur die Kapazitäten der römisch 40 (etwa 45

Mitarbeiter) heranziehen. Dies sei nicht ausreichend, um das geplante Bauende 31.03.2019 einhalten zu können. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit auszuscheiden.

4. Zum unangemessen niedrigen Gesamtpreis des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege um mehr als €

500.000 unter dem Preis der Zweitgereihten und fast € 1 Million unter dem Preis der drittgereihten Antragstellerin. Diese nicht unerheblichen Preisunterschiede würden auf eine spekulative Preisgestaltung hindeuten, weshalb das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Auftraggeberin zu Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen.

5. Zur Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Sofern die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Subunternehmerleistungen für wesentliche Positionen in den K7 Blättern nicht ausschreibungskonform ausgewiesen habe, sei ihr Angebot auszuscheiden.

6. Zur unzulässigen Legung zweier Hauptangebote durch die XXXX 6. Zur unzulässigen Legung zweier Hauptangebote durch die römisch 40 :

Umstände würden dafür sprechen, dass von der XXXX im Alternativangebot lediglich ein pauschaler Nachlass auf die Angebotssumme des Hauptangebotes angeboten worden sei. In diesem Fall würde es sich bei den beiden Angeboten um 2 inhaltlich idente Hauptangebote handeln die sich lediglich im Preis unterscheiden, was unzulässig sei und das Ausscheiden beide Angebote zur Folge haben müsse. Umstände würden dafür sprechen, dass von der römisch 40 im Alternativangebot lediglich ein pauschaler Nachlass auf die Angebotssumme des Hauptangebotes angeboten worden sei. In diesem Fall würde es sich bei den beiden Angeboten um 2 inhaltlich idente Hauptangebote handeln die sich lediglich im Preis unterscheiden, was unzulässig sei und das Ausscheiden beide Angebote zur Folge haben müsse.

7. Zur fehlenden technischen Gleichwertigkeit des Alternativangebotes der XXXX 7. Zur fehlenden technischen Gleichwertigkeit des Alternativangebotes der römisch 40 :

Selbst wenn es sich bei den beiden Angeboten der XXXX nicht um 2 inhaltlich identische Hauptangebote handeln würde, wäre die technische Gleichwertigkeit des Alternativangebotes nicht gegeben und dieses Angebot daher auszuscheiden. Selbst wenn es sich bei den beiden Angeboten der römisch 40 nicht um 2 inhaltlich identische Hauptangebote handeln würde, wäre die technische Gleichwertigkeit des Alternativangebotes nicht gegeben und dieses Angebot daher auszuscheiden.

8. Zur mangelnden Befugnis der XXXX 8. Zur mangelnden Befugnis der römisch 40 :

Es würde der XXXX - falls sie keine dazu befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe - die Befugnis für diverse Tätigkeiten fehlen. Es würde der römisch 40 - falls sie keine dazu befugten Subunternehmer namhaft gemacht habe - die Befugnis für diverse Tätigkeiten fehlen.

9. Zum unangemessen niedrigen Gesamtpreis des Alternativangebotes der XXXX 9. Zum unangemessen niedrigen Gesamtpreis des Alternativangebotes der römisch 40 :

Das Angebot der XXXX liege um fast € 400.000 unter dem Preis der drittgereihten Antragstellerin. Dieser nicht unerhebliche Preisunterschied würde auf eine spekulative Preisgestaltung hindeuten, weshalb das Angebot der XXXX auszuscheiden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Auftraggeberin zu Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen. Das Angebot der römisch 40 liege um fast € 400.000 unter dem Preis der drittgereihten Antragstellerin. Dieser nicht unerhebliche Preisunterschied würde auf eine spekulative Preisgestaltung hindeuten, weshalb das Angebot der römisch 40 auszuscheiden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Auftraggeberin zu Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen.

10. Zur Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der XXXX 10. Zur Aufgliederung der Subunternehmerkosten im Angebot der römisch 40

Sofern die XXXX die Subunternehmerleistungen für wesentliche Positionen in den K7 Blättern nicht ausschreibungskonform ausgewiesen habe, sei ihr Angebot auszuscheiden. Sofern die römisch 40 die Subunternehmerleistungen für wesentliche Positionen in den K7 Blättern nicht ausschreibungskonform ausgewiesen

habe, sei ihr Angebot auszuschneiden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.11.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 21.07.2015, in der EU am 16.07.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidungsentscheidung sei am 02.11.2015 zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1) XXXX und 2) XXXX bekannt gegeben worden. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 16.11.2015 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 21.07.2015, in der EU am 16.07.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidungsentscheidung sei am 02.11.2015 zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1) römisch 40 und 2) römisch 40 bekannt gegeben worden.

Die Auftraggeberin führte zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, dass sie dazu kein Vorbringen erstattet werde.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.07.2015, in der EU am 16.07.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidungsentscheidung ist am 02.11.2015 zu Gunsten der XXXX bestehend aus 1) XXXX und 2) XXXX bekannt gegeben worden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 16.11.2015). Die ASFINAG, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 21.07.2015, in der EU am 16.07.2015 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidungsentscheidung ist am 02.11.2015 zu Gunsten der römisch 40 bestehend aus 1) römisch 40 und 2) römisch 40 bekannt gegeben worden. (Schreiben der Auftraggeberin vom 16.11.2015).

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

2. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Zuschlagsentscheidung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden

Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs. 1 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen 10 Tagen einzubringen. Die Auftraggeberin gab am 02.11.2015 die Zuschlagsentscheidung bekannt. Der Nachprüfungsantrag ist am 12.11.2015 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen 10 Tagen einzubringen. Die Auftraggeberin gab am 02.11.2015 die Zuschlagsentscheidung bekannt. Der Nachprüfungsantrag ist am 12.11.2015 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht 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 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht 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 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht 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 2006 hat das Bundesverwaltungsgericht 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. 3 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigkeitsklärung 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 3, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahme beantragt, "das BVwG möge eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen".

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 02.11.2015 die Vergabe an die XXXX bestehend aus 1) XXXX und 2) XXXX beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht

kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 02.11.2015 die Vergabe an die römisch 40 bestehend aus 1) römisch 40 und 2) römisch 40 beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Auftraggeberin hat zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein Vorbringen erstattet.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bieter und des Auftraggebers, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden vergleiche BVA 24.6.2010, N/0051-BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß

Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 6. 11. 2002, 2002/04/0138;

30. 6. 2004, 2004/04/0028; 1. 2. 2005, 2005/04/0004; 29. 6. 2005, 2005/04/0024; 1. 3. 2007, 2005/04/0239; 27. 6. 2007, 2005/04/0254;

29. 2. 2008, 2008/04/0019; 14. 1. 2009, 2008/04/0143; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; 29. 9. 2011, 2011/04/0153) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Alternativangebot, Angebot ausschreibungswidrig, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Dauer der Maßnahme, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Feststellungsbescheid, Frist, Interessenabwägung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliches Interesse, Preisblatt, Preisvergleich, Provisorialverfahren, Schaden, spekulativer Preis, Subunternehmer, technische Gleichwertigkeit, technische Leistungsfähigkeit, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, (vertiefte) Preisprüfung, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2117050.1.00

Zuletzt aktualisiert am

11.12.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at