

TE Bvwg Beschluss 2015/1/30 W138 2017566-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.01.2015

Entscheidungsdatum

30.01.2015

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320 Abs3

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §69 Z1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 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. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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. 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

W138 2017566-1/4E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Fleischmarkt 1, betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn Vollausbau Tunnelkette Klaus; Baulos 4, Klauser- und Traunfriedtunnel", der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vom 23.01.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Einzelrichter über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Fleischmarkt 1, betreffend das Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn Vollausbau Tunnelkette Klaus; Baulos 4, Klauser- und Traunfriedtunnel", der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vom 23.01.2015 beschlossen:

A)

Dem Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages für gegenständlichen Bauauftrag im Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn Vollausbau Tunnelkette Klaus; Baulos 4, Klauser- und Traunfriedtunnel" untersagen,

wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird gemäß §§ 328 Abs. 1, 329 Abs. 1, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag 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. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

Mit Schriftsatz vom 23.01.2015, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, abgeändert durch den Schriftsatz vom 29.01.2015, stellte die Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Fleischmarkt 1, das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 15.01.2015 zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX (im Weiteren: präsumtive Zuschlagsempfängerin). Mit Schriftsatz vom 23.01.2015, beim Bundesverwaltungsgericht am selben Tag eingelangt, abgeändert durch den Schriftsatz vom

29.01.2015, stellte die Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Fleischmarkt 1, das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 15.01.2015 zu Gunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40 (im Weiteren: präsumtive Zuschlagsempfängerin).

Zur Begründung der Anträge wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass noch vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin von der Antragstellerin in einer schriftlichen Stellungnahme mitgeteilt worden sei, dass die Antragstellerin davon ausgehen müsse, dass die beiden vor ihr gereihten Bieter (dh die präsumtive Zuschlagsempfängerin und die zweitgereichte Bieterin) über keine abfallrechtliche Befugnis verfügen dürften, welche jedoch eine zwingende Voraussetzung für das Erfüllen der Eignungskriterien darstellen würden.

Die Auftraggeberin sei ersucht worden, diese Tatsache im Rahmen der Zuschlagsentscheidung entsprechend zu berücksichtigen. Mit 22.12.2014 sei der Antragstellerin ein entsprechendes Antwortschreiben übermittelt worden, in welchem sich die Auftraggeberin jedoch mit dem Vorbringen der Antragstellerin inhaltlich nicht auseinander gesetzt habe. Eine Berücksichtigung der von der Antragstellerin aufgeworfenen Punkte dürfte damit offenbar nicht stattgefunden haben, was mit den Ausführungen des gegenständlichen Nachprüfungsantrags näher dargelegt werden solle.

Beim gegenständlichen Auftrag handle sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006. Nach den Festlegungen der Auftraggeberin (wie auch unter Berücksichtigung des bekannt gegebenen, geschätzten Auftragswertes) handle es sich um eine Beschaffung im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin sei öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 BVergG 2006. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergebe sich aus Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG, da die Auftraggeberin in den Vollziehungsbereich des Bundes falle. Beim gegenständlichen Auftrag handle sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2006. Nach den Festlegungen der Auftraggeberin (wie auch unter Berücksichtigung des bekannt gegebenen, geschätzten Auftragswertes) handle es sich um eine Beschaffung im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin sei öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2006. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ergebe sich aus Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG, da die Auftraggeberin in den Vollziehungsbereich des Bundes falle.

Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin sei der Antragstellerin mit Telefax vom 15.1.2015 übermittelt worden. Die Frist betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ende somit (auch nach Angabe der Auftraggeberin in ihrer Zuschlagsentscheidung) am 26.1.2015. Der Nachprüfungsantrag sei daher fristgerecht gemäß § 321 Abs 1 BVergG gestellt worden. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin sei der Antragstellerin mit Telefax vom 15.1.2015 übermittelt worden. Die Frist betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ende somit (auch nach Angabe der Auftraggeberin in ihrer Zuschlagsentscheidung) am 26.1.2015. Der Nachprüfungsantrag sei daher fristgerecht gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG gestellt worden.

Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um die Vergabe eines Bauauftrags im Oberschwellenbereich nach den Regelungen des BVergG. Die Pauschalgebühr iHv insgesamt EUR 9.234,00 (davon EUR 6.156,00 für den Nachprüfungsantrag sowie EUR 3.078,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) sei ordnungsgemäß entrichtet worden.

Die mit gegenständlichem Nachprüfungsantrag bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären, da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (wie auch jenes des zweitgereihten Bieters) zwingend auszuscheiden wäre.

Fehlende Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (und des zweitgereihten Bieters)

Hinsichtlich der erforderlichen Befugnis für den hier zu vergebenden Auftrags sei insbesondere auch auf die Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses hinzuweisen. So sehe bspw Position 00B104I Z "Befugnis für die Sammlung und/oder Behandlung von Abfällen" vor, dass die Bieter jedenfalls über eine aufrechte, abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung von Abfällen verfügen müssten.

Die Antragstellerin vermute aufgrund ihrer Marktkennntnis jedoch, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin (wie auch der zweitgereichte Bieter) über die soeben angeführte abfallrechtliche Befugnis nicht verfügen dürften. Auch seien im Rahmen der Angebotsöffnung keine Subunternehmer verlesen worden, über welche eine Substituierung der Befugnis hätte erfolgen können. Dem Angebotsöffnungsprotokoll seien diesbezüglich keine Hinweise zu entnehmen.

Folglich fehle es beiden an der für gegenständliches Verfahren geforderten Eignung. Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG seien Angebote von Bieter, die nicht über die erforderliche Befugnis verfügen würden, auszuschneiden. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung sei hierbei gemäß § 69 Z 1 BVergG der Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Dass die abfallrechtliche Befugnis nicht erst mit Leistungserbringung vorzuweisen sei, sondern bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse, ergebe sich darüber hinaus bereits aus dem Positionstext ("[...] muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und ist dem AG vom Bieter im Zuge der Angebotsprüfung nachzuweisen"). Die Antragstellerin vermute aufgrund ihrer Marktkennntnis jedoch, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin (wie auch der zweitgereichte Bieter) über die soeben angeführte abfallrechtliche Befugnis nicht verfügen dürften. Auch seien im Rahmen der Angebotsöffnung keine Subunternehmer verlesen worden, über welche eine Substituierung der Befugnis hätte erfolgen können. Dem Angebotsöffnungsprotokoll seien diesbezüglich keine Hinweise zu entnehmen. Folglich fehle es beiden an der für gegenständliches Verfahren geforderten Eignung. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG seien Angebote von Bieter, die nicht über die erforderliche Befugnis verfügen würden, auszuschneiden. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung sei hierbei gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG der Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Dass die abfallrechtliche Befugnis nicht erst mit Leistungserbringung vorzuweisen sei, sondern bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse, ergebe sich darüber hinaus bereits aus dem Positionstext ("[...] muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen und ist dem AG vom Bieter im Zuge der Angebotsprüfung nachzuweisen").

Auch gehe die Antragstellerin davon aus, dass eine Substituierung der Befugnis über einen namhaft gemachten Subunternehmer offenbar nicht erfolgt sein dürfte. Der Nachweis der Eignung habe zwingend mit Angebotsabgabe im Formblatt "Eigenerklärung des Bieters" zu erfolgen.

Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises

Es würden weitere Ausscheidensgründe vorliegen, da sowohl dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wie auch jenem des zweitgereichten Bieters offenbar eine spekulative Preisgestaltung zugrunde liegen würde.

§ 129 Abs 1 Z 3 BVergG verlange ein zwingendes Ausscheiden jener Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden (spekulative Preisgestaltung). Insbesondere bei Preisen, die im Vergleich zu den Preisen der übrigen Bieter als auffällig einzustufen seien, habe eine detaillierte Angebotsprüfung stattzufinden. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG verlange ein zwingendes Ausscheiden jener Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würden (spekulative Preisgestaltung). Insbesondere bei Preisen, die im Vergleich zu den Preisen der übrigen Bieter als auffällig einzustufen seien, habe eine detaillierte Angebotsprüfung stattzufinden.

Eine vertiefte Angebotsprüfung iSd obigen Ausführungen habe im gegenständlichen Ausgangsfall offenbar nicht stattgefunden:

Es würden erhebliche Unterschiede im angebotenen Gesamtpreis (netto) zwischen der Antragstellerin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie des zweitgereichten Bieters vorliegen. So bestehe zwischen dem Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und jenem der Antragstellerin eine Differenz von € 3.513.268,41 (=11,24%) sowie eine Differenz von € 3.346.600,24 (=10,65%) zwischen dem Angebot der zweitgereichten Bieterin und jenem der Antragstellerin.

Es würden somit bereits auf Grundlage der großen Preisdifferenzen zwischen den Angeboten jedenfalls auffällige Gesamtpreise vorliegen, die zwingend einer detaillierten, vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen gewesen wären.

Wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (wie auch jenes des zweitgereichten Bieters) tatsächlich einer detaillierten Angebotsprüfung unterzogen worden, so hätte die Auftraggeberin beide Angebote zwingend gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG ausscheiden müssen. Angesichts des hoch kompetitiven Gesamtpreises der Antragstellerin könnten die Gesamtpreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und des zweitgereichten Bieters keineswegs betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein und somit auch nicht plausibel sein. Vielmehr müsse von einer spekulativen Preisgestaltung ausgegangen werden. Wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (wie auch jenes des zweitgereichten Bieters) tatsächlich einer detaillierten Angebotsprüfung unterzogen worden, so hätte die Auftraggeberin beide Angebote zwingend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ausscheiden müssen. Angesichts des hoch kompetitiven Gesamtpreises der Antragstellerin könnten die Gesamtpreise der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin und des zweitgereihten Bieters keineswegs betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein und somit auch nicht plausibel sein. Vielmehr müsse von einer spekulativen Preisgestaltung ausgegangen werden.

Das Anbieten derart niedriger Gesamtpreise sei bei Einhaltung der relevanten, arbeitsrechtlichen und kollektivvertraglichen Bestimmungen sowie der Vorgaben der ÖNORM B 2061 nicht möglich. Weiters sei anzunehmen, dass in Einzelpositionen, unter Umständen bei Stützmitteln, beim Anteil "Sonstig" derart niedrige Preise angeboten worden sein dürften, dass nicht einmal die Kosten für den Rohstoff gedeckt seien. Dies stelle einen weiteren Ausscheidensgrund dar.

Interesse am Vertragsabschluss und Schaden

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben.

Bei rechtsrichtigem Verhalten der Auftraggeberin wäre die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln gewesen; jedenfalls aber hätte die Zuschlagsentscheidung nicht zugunsten des Angebotes der Mitbewerberin ausfallen dürfen.

Die Stillhaltefrist ende nach Angaben der Auftraggeberin am 26.1.2015. Die Auftraggeberin könnte im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag für gegenständlichen Bauauftrag erteilen. Dem Nachprüfungsantrag komme jedoch gemäß § 320 Abs 3 BVergG keine aufschiebende Wirkung zu. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße Feststellung der fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen würden die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Die Stillhaltefrist ende nach Angaben der Auftraggeberin am 26.1.2015. Die Auftraggeberin könnte im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag für gegenständlichen Bauauftrag erteilen. Dem Nachprüfungsantrag komme jedoch gemäß Paragraph 320, Absatz 3, BVergG keine aufschiebende Wirkung zu. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße Feststellung der fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen würden die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen.

Einer einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe ein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin nicht entgegen. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich auch kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könnte. Eine einstweilige Aussetzung stelle daher für die Auftraggeberin keine unverhältnismäßige Belastung dar.

Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, würden in diesem Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern vermögen, da im konkreten Fall keine und überdies keine aktuelle Gefährdung vorliege.

Die Schädigung des Interesses der Antragstellerin durch die bevorstehende Zuschlagserteilung drohe unmittelbar.

Eine allfällige Verzögerung der Auftragsdurchführung, die aus der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens resultiere, stelle somit keinen tauglichen Hinderungsgrund dar, wolle man die Wirksamkeit dieses Rechtsinstitutes nicht völlig aushöhlen.

Öffentliche Auftraggeber hätten nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehenden Verzögerungen ins Kalkül zu ziehen.

Da wesentliche Interessen der Antragstellerin bei Zuschlagserteilung an den Mitbewerber gefährdet seien, eine vorläufige Maßnahme keinerlei (berücksichtigungswürdigen) Interessen der Auftraggeberin schädige, und auch sonst keine öffentlichen Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünden, habe die Interessenabwägung gem § 329 Abs 1 BVergG zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Da wesentliche Interessen der Antragstellerin bei Zuschlagserteilung an den Mitbewerber gefährdet seien, eine vorläufige Maßnahme keinerlei (berücksichtigungswürdigen) Interessen der Auftraggeberin schädige, und auch sonst keine öffentlichen Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestünden, habe die Interessenabwägung gem Paragraph 329, Absatz eins, BVergG zugunsten der Antragstellerin auszufallen.

"Somit wird gestellt der

ANTRAG,

das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen (vgl § 326 BVergG) ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages für gegenständlichen Bauauftrag im Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn Vollausbau Tunnelkette Klaus; Baulos 4, Klauser- und Traunfriedtunnel", untersagen."das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen vergleiche Paragraph 326, BVergG) ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages für gegenständlichen Bauauftrag im Vergabeverfahren "A9 Pyhrnautobahn Vollausbau Tunnelkette Klaus; Baulos 4, Klauser- und Traunfriedtunnel", untersagen."

Mit Eingabe der Antragstellerin vom 29.01.2015 wurde ausgeführt, dass die Erteilung des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des gesamten Nachprüfungsverfahrens untersagt werden solle und die begehrte sechswöchige Frist nicht aufrecht erhalten werde.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erstattete ausdrücklich zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein Vorbringen.

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

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG ist im Anwendungsbereich des BVergG grundsätzlich die Entscheidung durch Senate vorgesehen. Einstweilige Verfügungen und verfahrensleitende Beschlüsse sind davon ausgenommen. Die Entscheidung ist daher durch einen Einzelrichter zu treffen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, das Agrarverfahrensgesetz - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, das Agrarverfahrensgesetz - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in den dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 311 BVergG sind auf Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden. Gemäß Paragraph 311, BVergG sind auf Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neben dem BVergG die Bestimmungen des VwGVG und des AVG anzuwenden.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Gemäß § 345 Abs. 17 Z 3 BVergG tritt u.a. der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft. Gemäß Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3, BVergG tritt u.a. der 4. Teil samt Überschrift am 1. Jänner 2014 in Kraft.

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (siehe BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11). Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Art 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer inklusive Optionen beträgt € 31.400.000,--, sodass gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (siehe BVA vom 10.12.2013, N/0106-BVA/02/2013-11). Dabei handelt es sich um eine Auftraggeberin, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fällt. Daraus resultiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Entscheidung im gegenständlichen Vergabekontrollverfahren. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer inklusive Optionen beträgt € 31.400.000,--, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. c B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gem. § 328 Abs. 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Schließlich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gem. Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 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 unmittelbare drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 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 unmittelbare drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers, sowie eines allfälligen besonderen öffentlichen 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 Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers, sowie eines allfälligen besonderen öffentlichen 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 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 mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zur Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht 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 4, 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 mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zur Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht 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 Interessensabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG, sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Vergabe des Auftrages zu Gunsten der präsumentiven Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptung der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag

in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeit, der Entgang des Auftrages, mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Im Rahmen der Interessensabwägung 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 der Auftraggeberin die Vergabe des Auftrages zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptung der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeit, der Entgang des Auftrages, mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht.

Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht (zB. BVA, 18.01.2012, N/0004-BVA/10/2012-EV19).

Bei der Interessensabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass die Auftraggeberin bei ihrer zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (zB. BVA, 14.05.2010 N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VwGH vom 01.08.2002, B 1194/02) und schließlich, dass gemäß § 329 Abs. 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessensabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB. BVA 05.02.2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Ein solches ist für das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht zu erkennen, zumal die Auftraggeberin diesbezüglich auch kein Vorbringen erstattet hat. Bei der Interessensabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass die Auftraggeberin bei ihrer zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (zB. BVA, 14.05.2010 N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VwGH vom 01.08.2002, B 1194/02) und schließlich, dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessensabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB. BVA 05.02.2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Ein solches ist für das Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht zu erkennen, zumal die Auftraggeberin diesbezüglich auch kein Vorbringen erstattet hat.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen, sowie den Interessen der Auftraggeberin gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist.

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 mit 6 Wochen begrenzt ist (§ 326 BVergG). Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes (nunmehr Bundesverwaltungsgericht) 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 mit 6

Wochen begrenzt ist (Paragraph 326, BVergG). Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes (nunmehr Bundesverwaltungsgericht) 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.

Zu B) Unzulässigkeit der 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

Angebotsöffnung, Bauauftrag, Dauer der Maßnahme, drohende Schädigung, Eignungskriterien, einstweilige Verfügung, Frist, Interessensabwägung, Kalkulation, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Plausibilität, Provisorialverfahren, Schaden, spekulativer Preis, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, vertiefte Angebotsprüfung, vorläufige Maßnahme, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W138.2017566.1.00

Zuletzt aktualisiert am

17.02.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at