

TE Bvwg Beschluss 2014/11/24 W139 2014280-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.11.2014

Entscheidungsdatum

24.11.2014

Norm

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

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 § 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 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

W139 2014280-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag XXXX, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermann-gasse 2, 1010 Wien, vom 17.11.2014 betreffend das Vergabeverfahren "S16 ARLBERG SCHNELLSTRASSE Ast Zams - Ast Landeck West Neubau Sannabrücke ZL8L BAULEISTUNGEN", des Auftraggebers ASFINAG Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstr. 16, 1030 Wien, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER über den Antrag römisch 40, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermann-gasse 2, 1010 Wien, vom 17.11.2014 betreffend das Vergabeverfahren "S16 ARLBERG SCHNELLSTRASSE Ast Zams - Ast Landeck West Neubau Sannabrücke ZL8L BAULEISTUNGEN", des Auftraggebers ASFINAG Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstr. 16, 1030 Wien, beschlossen:

A.

Dem Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge der Auftraggeberin nach deren Verständigung über diesen Antrag die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens mittels einstweiliger Verfügung untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird gemäß §§ 328 Abs. 1, 329 Abs. 1, 3 und 4 BVergG für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren "S16 ARLBERG SCHNELLSTRASSE Ast Zams - Ast Landeck West Neubau Sannabrücke ZL8L BAULEISTUNGEN" zu erteilen. Dem Auftraggeber wird gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren "S16 ARLBERG SCHNELLSTRASSE Ast Zams - Ast Landeck West Neubau Sannabrücke ZL8L BAULEISTUNGEN" 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

1. Mit Schriftsatz vom 17.11.2014, stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, auf Ausnahme des Angebotes der Antragstellerin von der Akteneinsicht und auf Gebührenersatz. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Die ASFINAG habe die gegenständlichen Bauleistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung habe in Punkt II.1.9) vorgesehen, dass Alternativangebote und Varianten nicht zulässig seien. Die Ausschreibungsunterlage bestimme hingegen im Teil B1, Punkt 1.1.26 und Teil B5, Punkt 00.B1 08f, dass Alternativangebote unter den dort festgelegten Regelungen zulässig seien. Die ASFINAG habe die gegenständlichen Bauleistungen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung habe in Punkt römisch zwei.1.9) vorgesehen, dass Alternativangebote und Varianten nicht zulässig seien. Die Ausschreibungsunterlage bestimme hingegen im Teil B1, Punkt 1.1.26 und Teil B5, Punkt 00.B1 08f, dass Alternativangebote unter den dort festgelegten Regelungen zulässig seien.

Die Antragstellerin habe in Übereinstimmung mit den Festlegungen in der Bekanntmachung ein Hauptangebot gelegt.

Mit einem Gesamtpreis von EUR 6.768.957,55 habe sie das preislich günstigste Hauptangebot gelegt. Andere Bieter hätten neben ihrem Hauptangebot auch ein oder mehrere Alternativangebote gelegt. Das preislich günstigste habe die XXXX zu einem Gesamtpreis von EUR 5.425.619,55 gelegt. Weitere sechs Alternativangebote seien preislich günstiger als das Hauptangebot der Antragstellerin. Die Zuschlagsentscheidung vom 05.11.2014 laute auf ein Alternativangebot XXXX. Dieses Angebot hätte ebenso wie alle anderen vor dem Angebot der Antragstellerin gereihten Alternativangebote ausgeschieden werden müssen, da Alternativangebote entsprechend der Bekanntmachung nicht zulässig seien. Daran ändere auch nichts, dass die Ausschreibungsunterlage abweichend die Zulässigkeit von Alternativangeboten vorsehe. Nach der Rsp des OGH gehe nämlich eine europaweite Bekanntmachung den (späteren) Ausschreibungsunterlagen vor. Da die Marktteilnehmer auf die Richtigkeit der Bekanntmachung vertrauen würden, sei die Auftraggeberin an die Bekanntmachung gebunden. Die Bekanntmachung sei nicht berichtigt worden. Eine Berichtigung sei immer notwendig, wenn Mängel bestehen, die auf die Erstellung der Angebote oder den Inhalt des abzuschließenden Leistungsvertrages Einfluss haben können. Dies sei hier der Fall. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Aber selbst wenn die Zulassung von Alternativangeboten möglich sein sollte, so seien sie vorliegend aber auch deshalb nicht zulässig, da geeignete qualitative Zuschlagskriterien fehlen würden. So sehe der Amtsentwurf eine Stahl-Verbund-Brücke vor. Als Alternativangebot sei auch eine Spannbetonbrücke zulässig, welche eine deutlich geringere Steifigkeit und kürzere Lebensdauer aufweise. Als einziges Qualitätskriterium sei die Verlängerung der Gewährleistungsfrist vorgesehen. Damit fehle ein Zuschlagskriterium zur Bewertung und Vergleichbarkeit von Qualitätsunterschieden (unterschiedliche Lebensdauer und Erhaltungskosten über die Lebensdauer) bei unterschiedlichen Brückenkonstruktionen. Mangels Bewertbarkeit von Alternativangeboten wären diese daher auszuschneiden gewesen. Abgesehen davon hätte das bekämpfte Alternativangebot mangels Gleichwertigkeit ausgeschieden werden müssen. Entsprechend den Ausschreibungsvorgaben wären Alternativangebote, die hinsichtlich Tragsicherheit, Gebrauchstauglichkeit oder Standsicherheit gegenüber dem Amtsentwurf nicht gleichwertig seien, auszuschneiden. Aus technischer Sicht gleichwertig in Bezug auf die Tragsicherheit könnten sicherheitstechnisch "abgespeckte" Alternativen nicht sein, weil die Tragsicherheit diesfalls reduziert werde, wenn auch auf ein noch immer normkonformes Maß. Die Gleichwertigkeit sei auch an den der Ausschreibung zugrundeliegenden regulatorischen Rahmenbedingungen zu prüfen, insbesondere dem der Ausschreibung zugrundeliegenden Wasserrechtsbescheid. Dieser sehe ausdrücklich eine Flachfundierung vor. Das für den Zuschlag vorgesehene Angebot sehe dagegen entgegen dem Wasserrechtsbescheid eine Pfahlfundierung vor. Zudem sei eine Pfahlgründung auch nach dem hydrogeologischen Bauwerksbericht aufgrund der Beeinflussung der Grundwassersituation nicht möglich. Die Antragstellerin habe in Übereinstimmung mit den Festlegungen in der Bekanntmachung ein Hauptangebot gelegt. Mit einem Gesamtpreis von EUR 6.768.957,55 habe sie das preislich günstigste Hauptangebot gelegt. Andere Bieter hätten neben ihrem Hauptangebot auch ein oder mehrere Alternativangebote gelegt. Das preislich günstigste habe die römisch 40 zu einem Gesamtpreis von EUR 5.425.619,55 gelegt. Weitere sechs Alternativangebote seien preislich günstiger als das Hauptangebot der Antragstellerin. Die Zuschlagsentscheidung vom 05.11.2014 laute auf ein Alternativangebot römisch 40. Dieses Angebot hätte ebenso wie alle anderen vor dem Angebot der Antragstellerin gereihten Alternativangebote ausgeschieden werden müssen, da Alternativangebote entsprechend der Bekanntmachung nicht zulässig seien. Daran ändere auch nichts, dass die Ausschreibungsunterlage abweichend die Zulässigkeit von Alternativangeboten vorsehe. Nach der Rsp des OGH gehe nämlich eine europaweite Bekanntmachung den (späteren) Ausschreibungsunterlagen vor. Da die Marktteilnehmer auf die Richtigkeit der Bekanntmachung vertrauen würden, sei die Auftraggeberin an die Bekanntmachung gebunden. Die Bekanntmachung sei nicht berichtigt worden. Eine Berichtigung sei immer notwendig, wenn Mängel bestehen, die auf die Erstellung der Angebote oder den Inhalt des abzuschließenden Leistungsvertrages Einfluss haben können. Dies sei hier der Fall. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Aber selbst wenn die Zulassung von Alternativangeboten möglich sein sollte, so seien sie vorliegend aber auch deshalb nicht zulässig, da geeignete qualitative Zuschlagskriterien fehlen würden. So sehe der Amtsentwurf eine Stahl-Verbund-Brücke vor. Als Alternativangebot sei auch eine Spannbetonbrücke zulässig, welche eine deutlich geringere Steifigkeit und kürzere Lebensdauer aufweise. Als einziges Qualitätskriterium sei die Verlängerung der Gewährleistungsfrist vorgesehen. Damit fehle ein Zuschlagskriterium zur Bewertung und Vergleichbarkeit von Qualitätsunterschieden (unterschiedliche Lebensdauer und Erhaltungskosten über die Lebensdauer) bei unterschiedlichen Brückenkonstruktionen. Mangels Bewertbarkeit von Alternativangeboten wären diese daher auszuschneiden gewesen. Abgesehen davon hätte das bekämpfte Alternativangebot mangels Gleichwertigkeit ausgeschieden werden müssen. Entsprechend den

Ausschreibungsvorgaben wären Alternativangebote, die hinsichtlich Tragsicherheit, Gebrauchstauglichkeit oder Standsicherheit gegenüber dem Amtsentwurf nicht gleichwertig seien, auszuschneiden. Aus technischer Sicht gleichwertig in Bezug auf die Tragsicherheit könnten sicherheitstechnisch "abgespeckte" Alternativen nicht sein, weil die Tragsicherheit diesfalls reduziert werde, wenn auch auf ein noch immer normkonformes Maß. Die Gleichwertigkeit sei auch an den der Ausschreibung zugrundeliegenden regulatorischen Rahmenbedingungen zu prüfen, insbesondere dem der Ausschreibung zugrundeliegenden Wasserrechtsbescheid. Dieser sehe ausdrücklich eine Flachfundierung vor. Das für den Zuschlag vorgesehene Angebot sehe dagegen entgegen dem Wasserrechtsbescheid eine Pfahlfundierung vor. Zudem sei eine Pfahlgründung auch nach dem hydrogeologischen Bauwerksbericht aufgrund der Beeinflussung der Grundwassersituation nicht möglich.

Die Antragstellerin sei seit vielen Jahren erfolgreich im Straßen- und Brückenbau tätig. Ihr drohe durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung ein Schaden in Höhe des Erfüllungsinteresses sowie der bisherigen Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten von zumindest EUR 5.000,--. Weiters verliere sie ein wichtiges Referenzprojekt, das wiederum Basis für weitere Aufträge, insbesondere der öffentlichen Hand sei. Weiters werde für den Fall des Widerrufs auf die frustrierten Angebotslegungskosten sowie auf den Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einem neuerlichen Vergabeverfahren verwiesen. Da alle vorgereichten Angebote an demselben Mangel leiden würden, würde auch dem achtgereichten Angebot der Antragstellerin noch ein Schaden drohen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden unzulässiger Angebote, auf Gleichbehandlung aller Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten, auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren sowie eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden unzulässiger Angebote, auf Gleichbehandlung aller Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten, auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren sowie eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt.

Da nur die Interessen der Antragstellerin bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen des Auftraggebers und sonstiger Mitbieter schädige und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, habe die Interessenabwägung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG zugunsten der Antragstellerin zu erfolgen. Da nur die Interessen der Antragstellerin bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen des Auftraggebers und sonstiger Mitbieter schädige und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, habe die Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG zugunsten der Antragstellerin zu erfolgen.

2. Am 20.11.2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

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

Festgestellter Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen sowie der Bezug nehmenden Beilagen wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, schrieb die gegenständliche Leistung "S16 ARLBERG SCHNELLSTRASSE Ast Zams - Ast Landeck West Neubau Sannabrücke ZL8L BAULEISTUNGEN" in einem offenen Verfahren im Oberschwellerbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code 45000000; Amtsblatt der EU 2014/S 166-295820; Lieferanzeiger L-556927-4828). Es handelt sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 7.640.883,00 ohne USt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 13.10.2014. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Am 05.11.2014 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung lautend auf ein Alternativangebot XXXX mittels E-Mail (AVA online) bekannt gegeben. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, schrieb die gegenständliche Leistung "S16 ARLBERG SCHNELLSTRASSE Ast Zams - Ast Landeck West Neubau Sannabrücke ZL8L

BAULEISTUNGEN" in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus (CPV-Code 45000000; Amtsblatt der EU 2014/S 166-295820; Lieferanzeiger L-556927-4828). Es handelt sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 7.640.883,00 ohne USt. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 13.10.2014. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot. Das Angebot der Antragstellerin wurde nicht ausgeschieden. Am 05.11.2014 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung lautend auf ein Alternativangebot römisch 40 mittels E-Mail (AVA online) bekannt gegeben.

Am 17.11.2014 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Es wurde weder der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt. (Auskunft der Auftraggeberin)

Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, 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. 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 gemäß § 328 Abs. 1 BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

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 unmittelbar 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 unmittelbar 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 Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das 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 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. 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 Nichtigerklärung 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 Nichtigerklärung 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 zu ihrer 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 Nichtigerklärung 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 zu ihrer 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 05.11.2014 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung lautend auf die XXXX. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 05.11.2014 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung lautend auf die römisch 40. Diese Behauptung

erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit einer allfälligen Zuschlagserteilung an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den entgangenen Gewinn- und Deckungsbeitrag, auf den in Rechtberatungs- und Rechtsverfolgungskosten liegenden Schaden, auf den Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes sowie für den Fall des Widerrufs auf die frustrierten Angebotslegungskosten und den Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einem neuen Vergabeverfahren verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach stRsp um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.4.2011, 2008/04/0065; BVwG 20.3.2014, W139 2003185-1/11E; BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA 9.6.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Dagegen hat die Auftraggeberin ihrerseits kein Vorbringen zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstattet. Dem Bundesverwaltungsgericht sind keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist schließlich auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. bereits BVA 25.1.2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG auszusprechen war. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs. 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.3.2014, W139 2003185-1/11E; BVA 10.2.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.5.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 1. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.3.2014, W139 2003185-1/11E; BVA 10.2.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.5.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

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; 10.12.2007, AW 2007/04/0054) 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, Ausscheiden von Angeboten,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Bauauftrag,
Berichtigung, Bietergleichbehandlung, Dauer der Maßnahme, drohende
Schädigung, einstweilige Verfügung, Grundsatz der Gleichbehandlung,
Interessensabwägung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse,
Provisorialverfahren, Referenzprojekt, Schaden, Untersagung der
Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Vermögensnachteil,
Zuschlagskriterien, Zuschlagsverbot für die Dauer des
Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2014280.1.00

Zuletzt aktualisiert am

09.12.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at