

# TE Bvgw Erkenntnis 2018/4/25 W134 2187887-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.04.2018

## Entscheidungsdatum

25.04.2018

## Norm

BVergG 2006 §192 Abs5

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §320 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W134 2187887-2/32E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Fertigung und Lieferung von Lärmschutzwänden mit Träger- und Absorptionskörpern aus Beton, optional das Versetzen - Auftragstype A (Ausführung bis Vmax = 160 km/h)" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG, vertreten durch die XXXX , aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch die XXXX , vom 02.03.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 29.03.2018 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge im gegenständlichen Vergabeverfahren der Auftraggeberin "für die Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen über die Herstellung und Lieferung von Lärmschutzwandelementen mit Träger- und Absorptionskörper aus Beton (Ausführung Vmax = 160 km/h), optional das Versetzen (EK-VERG-0003/17-RHO)" die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin bzw. die Mitteilung vom 22.02.2018, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 02.03.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin bzw. der Mitteilung vom 22. Februar 2018, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin sei Sektorenauftraggeberin und benötige die ausgeschriebenen Leistungen zur Aufstellung von Lärmschutzwänden entlang von Bahnstrecken. Leistungsgegenstand sei die Lieferung von Lärmschutzwandelementen. Mit Telefax vom 20. Februar 2018 (sic!) habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren an die XXXX . KG und die XXXX zu erteilen beabsichtige. Die Antragstellerin bekämpfe diese Entscheidung.

1. Der Gesamtpreis der erstgereihten XXXX (in der Folge kurz "XXXX" genannt) liege ca. 17 % unter dem Gesamtpreis der zweitgereihten

XXXX und 20 % unter dem Gesamtpreis der Antragstellerin. Die Auftraggeberin hätte daher schon aufgrund dieser gravierenden Abweichung des Angebotes der erstgereihten Bieterin von den Angeboten der zweit- und drittgereihten Bieter das Angebot der erstgereihten Bieterin als ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis werten und Aufklärung über die Positionen dieses Angebotes verlangen müssen. Im Zuge der "vertiefenden Prüfung" (gemeint wohl: vertieften Angebotsprüfung) hätte die Antragstellerin (gemeint wohl: Auftraggeberin) feststellen müssen, dass mit dem sich aus dem Gesamtpreis der erstgereihten Bieterin ergebenden Quadratmeterpreis eine kostendeckende Lieferung durch dieses Unternehmen nicht möglich sei, deren angebotener Gesamtpreis daher nicht als angemessener Preis zu werten sei und deren Angebot schon aus diesem Grund auszuscheiden gewesen wäre.

2. Es hätte die Auftraggeberin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung feststellen müssen, dass die von der erstgereihten Bieterin angebotenen Mantelbetonwände die geforderten Schalldämmwerte von 27 dB nicht erfüllen würden.

3. Weiters hätte die Auftraggeberin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung feststellen müssen, dass die Montage der Schallschutzwände des Systems Durisol nur unter Verwendung von Distanzschrauben möglich sei und die dadurch bedingten erhöhten Montagekosten im Angebot der erstgereihten Bieterin nicht ausgewiesen seien. Darüber hinaus sei der Auftraggeberin bekannt, dass durch diese Art der Montage der Korrosionsschutz der Befestigungsprofile beschädigt werde und daher die von der erstgereihten Bieterin angebotene Leistung als technisch ungeeignet auszuscheiden gewesen wäre.

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

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 06.03.2018 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die ÖBB-Infrastruktur AG sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb unter Einrichtung eines Prüfsystems (Verhandlungsverfahren mit jenen Unternehmen, die sich im Rahmen des Prüfsystems qualifiziert haben) gemäß § 192 Abs 5 iVm § 213 Abs 1 Z 3 iVm § 232 Abs 11 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 14.07.2016, in der EU am 13.07.2016 erfolgt. Die Entscheidung mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei mit Fax vom 22.02.2018 erfolgt.

Mit Schreiben vom 09.3.2018 erobt die XXXX begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung. Sie brachte vor, dass die Lärmschutzwandelemente der Antragstellerin und der XXXX auf unterschiedlichen Systemen basiere. Das System der Antragstellerin sei kostenintensiver als das der XXXX . Bei Lärmschutzwandelementen bis zu einer Höchstgeschwindigkeit von 160 km/h gebe es nicht zwingend die

Anforderung, die Lärmschutzwände mit einem Tripacs-Band zwischen Betonnase und Steher einzubauen, um die technischen Anforderungen zu erfüllen. Zur Erfüllung der technischen Anforderungen sei es ausreichend, die Lärmschutzwände auf der Vorderseite mit einem Elastomer-Dichtband zum Steher abzudichten und mit einer Stellschraube auf der Hinterseite zu befestigen. Das von der XXXX verwendete Elastomer-Dichtband sei wesentlich günstiger als das von der Antragstellerin verwendete Tripacs-Band. Im Gegensatz zu den Mitbietern produziere die XXXX die Absorbersteine selbst. Durch den Zukauf würden der Antragstellerin Mehrkosten bei den Lärmschutzwänden entstehen. Aufgrund der unterschiedlichen Systeme seien die Kalkulationen der Wandteile bei den Angeboten aus dem Jahr 2014 nicht vergleichbar. Der im Vergleich zur Ausschreibung im Jahr 2014 günstigere Preis sei darauf zurückzuführen, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren mehr als die 8-fache Menge als für die Rahmenvereinbarung 2015 ausgeschrieben gewesen sei. Die durch die größere Produktionsmenge bedingte bessere Auslastung lasse den kostendeckenden Preis zu. Aufgrund der Größe des Konzerns hätten seit der Ausschreibung im Jahr 2014 wesentlich bessere Einkaufspreise für Rohstoffe erzielt werden können. Zudem seien sämtliche Produktionsanlagen und Produktionsvorgänge optimiert worden. Die Lärmschutzwände der XXXX würden laut Prüfbericht der MA 39 vom 12.05.2016 ein Schalldämm-Maß von 33 dB erfüllen. Die von der XXXX angebotenen Lärmschutzwände würden daher den in der technischen Leistungsbeschreibung geforderten Schalldämmwert von 27 dB erreichen. Die Ausschreibung sei bestandsfest geworden. Die von der XXXX angebotenen Lärmschutzwände würden sämtliche technischen Vorgaben erfüllen. Die XXXX habe einen angemessenen Preis angeboten.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 09.03.2018 brachte diese zusammengefasst vor, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nicht notwendig gewesen sei, da das Angebot der XXXX keinen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlichen niedrigen Gesamtpreis aufgewiesen und auch keine begründeten Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestanden hätten. Der von der XXXX angeboten Gesamtpreis liege nur äußerst knapp unter dem geschätzten Auftragswert der Auftraggeberin. Die Preise der "alten" Rahmenvereinbarung hätten alle Geschwindigkeiten umfasst. Das gegenständliche Vergabeverfahren betreffe ausschließlich die Herstellung von Lärmschutzwänden für Geschwindigkeiten bis maximal 160 km/h. Die Auftraggeberin sei daher davon ausgegangen, dass die Preise trotz der neuen Zertifizierungsanforderungen infolge einer Änderung der Richtlinien und Vorschriften für das Eisenbahnwesen (RVE) unter den Preisen der "alten" Rahmenvereinbarung liegen bzw. zumindest nicht erhöht würden. Die angebotenen Preise der XXXX seien eingehend geprüft worden und seien betriebswirtschaftlich erklärend nachvollziehbar gewesen. Die Auftraggeberin habe keine im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrige Preise erkennen können und habe keinen Grund gehabt, an der Angemessenheit der Preise der XXXX zu zweifeln. Der Preis der Antragstellerin sei zu hoch und kalkulatorisch nicht nachvollziehbar. Das von der Antragstellerin angebotene System übertreffe die Mindestqualität bei weitem. Die Verwendung eines Tripacs-Bandes sei in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen. Die Kosten für die Zertifizierung seien umgelegt auf die einzelnen Lärmschutzwand-Elemente verschwindend gering und sollte durch die niedrige technische Anforderung (Geschwindigkeit "nur" bis 160 km/h) ausgeglichen werden. Die Qualitätsanforderungen seien nicht erhöht, sondern eher gesenkt worden. XXXX habe nicht zu billig, sondern die Antragstellerin deutlich zu teuer angeboten. Aus der Zulassungsurkunde der österreichischen Forschungsgesellschaft Straßen-Schiene-Verkehr ("FVS") vom 01.12.2016 und dem Gutachten der Prüf- und Zertifizierungsstelle MA 39 vom 02.06.2017 ergebe sich, dass die XXXX geeignet sei und auch ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben habe.

Mit einstweiliger Verfügung des BVwG vom 12.03.2018, W134 2187887-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss der Rahmenvereinbarung im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagt.

Mit Schreiben vom 12.3.2018 erhob die XXXX begründete Einwendungen gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung. Sie brachte vor, dass sie durch die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sei. Die mitbeteiligte Partei habe ihre Eignung vergaberechtskonform nachgewiesen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung, insbesondere die dahinterstehende Angebotsprüfung und -bewertung sei ausschreibungskonform und inhaltlich richtig. Der Angebotspreis der mitbeteiligten Partei sei angemessen und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 26.03.2017 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der mitbeteiligten Partei ein Rechtschutzinteresse fehlen würde. Selbst bei Ausscheiden des Angebotes der XXXX sei die mitbeteiligte Partei nicht schlechter, sondern sogar besser gestellt, da bei Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin, die

Aussichten der mitbeteiligte Partei für die Erteilung von Einzelaufträgen deutlich höher wären. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht überteuert, zumal die Angebotspreise der mitbeteiligte Partei und der Antragstellerin nicht erheblich differieren würden. Die RVE 04.01.01 weise gegenüber der früheren Richtlinie deutlich höhere Lastansätze auf. Daraus würden sich für jedes einzelne Wandelement erheblich gesteigerte Herstellungskosten ergeben, insbesondere für die stärkere Bewehrung sowie die Fixierung mittels der Tripacs-Bänder. In Österreich und Deutschland dürfe aufgrund eines patentrechtlichen Schutzes zur Patentnummer DE 20 2006 020 763 für Dichtelemente in Beton- und Stahlstützen nur das Tripacs-Band verwendet werden. Da von der XXXX kein Tripacs-Band angeboten worden sei und das Angebot daher nicht den Anforderungen der in der Ausschreibung zugrunde gelegten RVE 04.01.01 unter Berücksichtigung des Patentschutzes für das Tripacs-Band entspreche, sei das Angebot der XXXX auszuscheiden gewesen. Die Vorgaben in Punkt 3.4.4 der RVE 04.01.01 schließe die von der XXXX verwendeten und von dieser auch zugestandene Fixierung durch eine Schraube, bei welcher Metall auf Metall auf dem Steher aufliege aus, weil damit die von der RVE geforderte Trennung unterschiedlicher Metallteile durch entsprechende Dichtmaterialien nicht gegeben sei. Im Angebot der XXXX seien Adapterelemente nicht vorgesehen, sodass das angebotene System nicht der in Punkt 3.5.1 der RVE 04.01.01 und damit auch nicht der Ausschreibung entspreche. Die von der XXXX angebotenen Holzbetonstege würden nicht die ausgeschriebenen Dämmwerte erfüllen. Die FVS habe sämtliche Prüfungen von Lärmschutzwandelementen auf Wunsch der Auftraggeberin nur mit Dichtbändern des Herstellers Tripacs durchgeführt. Da die XXXX ein anderes, deutlich günstigeres Dichtband einsetze, sei die Zulassungsurkunde der FSV kein tauglicher Beweis, dass das von der XXXX angebotene System die Voraussetzungen der RVE erfülle.

Am 29.3.2018 fand ihm BVwG darüber eine mündliche Verhandlung statt.

Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt:

" XXXX : Aus unserer Sicht wurde der in der Ausschreibungsunterlage geforderte Schalldämmwert von 27 dB im Angebot der Fa. XXXX nicht erfüllt, weil dafür das verwendete System aus Holzbetonmantelsteinen nicht geeignet ist. Der Schalldämmwert des Produktes erreicht lediglich unter 25 dB.

XXXX : Das Prüfgutachten der MA39 vom 02.06.2017 bestätigt die Einhaltung der in der Ausschreibung geforderten Schalldämm-Maße und Schallabsorptionsmaße im Angebot der XXXX . Die Vorgaben der Ausschreibung wurden jeweils übererfüllt. Das vorgeschriebene Schalldämmmaß für den Absorberstein wurde von 27 dB wurde mit 33 dB übererfüllt, die Vorgabe für das Schallabsorptionsmaß von 8 dB wurde mit 15 dB ebenso erfüllt.

XXXX : Wir schließen uns diesen Aussagen von XXXX an.

Der Senat nimmt Einsicht in das Gutachten der MA 39 vom 02.06.2017.

XXXX stellt die Frage: Welches Wandsystem wurde hier geprüft?

XXXX : In Punkt 2 beschreibt das Prüfgutachten ganz genau aus welchen Bestandteilen sich die geprüfte Lärmschutzwand zusammensetzt. Die geprüften Absorberstein-Typen sind ebenfalls genau bezeichnet.

XXXX : Wir bezweifeln nicht, dass die von der MA 39 geprüften Schallschutzwände die dort genannten technischen Spezifikationen aufweisen, aber wir bezweifeln, dass die FA. XXXX genau diese Lärmschutzwände angeboten haben.

XXXX : Die XXXX hat die gleichen Lärmschutzwände angeboten wie von der MA 39 geprüft.

Der Senat nimmt Einsicht in das Angebot der XXXX (Angebotsformular für Preise (Preisblatt)), Anlage 3, Seite 1 von 11.

VR fragt XXXX : Können die Namen der angebotenen Produkte Ihres Angebotes verlesen werden?

XXXX : Ja.

VR: Im Angebot der XXXX findet sich Angebotsformular für Preise (Preisblatt), Anlage 3, Seite 1 von 11 die Formulierung angebotenes

Produkt: Durisol Lärmschutzwandelement aus DSI 30/13 N und W.

XXXX : Es handelt sich dabei offensichtlich um den Mantelstein der von der MA 39 getestet wurde.

XXXX : Wir wollen wissen, ob in dem Gutachten der MA 39 nur ein einzelnes Dämmelement oder das Gesamtsystem der Lärmschutzwand getestet wurde. Putz: Wir sprechen uns nicht gegen die Weitergabe des Gutachtens der MA 39 vom 02.06.2017 aus.

Das genannte Gutachten wird der Antragstellerin zur Einsicht übergeben.

XXXX : Die Prüfanordnung für die Schallprüfung ist detailliert in der ON EN 1793 ausgeführt, so dass davon auszugehen ist, dass eine akkreditierte Prüfstelle wie die MA 39 in der ÖNORM vorgesehenen Prüfschritte auch so durchgeführt hat.

XXXX : nach Einsicht des Gutachtens der MA 39 komme ich zu dem Schluss, dass Mantelsteine geprüft wurden die grundsätzlich die Schallschutzwerte erreichen können, aber das aus der Stellungnahme nicht hervorgeht, dass es sich um eine System aus Stahlstehern und eingespannten Betonelementen handelt. Daraus schließe ich, dass ein anderes System getestet als angeboten ist.

XXXX : Unsere Lärmschutzwand die bei der MA 39 geprüft wurde besteht aus Durisol Mantelsteinen, bewehrt und mit Beton begossen. Der Steher wurde eingebaut wie im Prüfbericht der MA39 -VFA 2016-0539.01 vom 12.05.2016 geprüft. Aus dieser Stellungnahme ergibt sich, dass die Lärmschutzwand inkl. Steher geprüft wurde.

Das Deckblatt des Prüfberichts MA39 -VFA 2016-0539.01 vom 12.05.2016 wird der Antragstellerin gezeigt.

XXXX : Es ergibt sich aus dem Prüfbericht von 2016, dass hier mit Stehern HE 160 geprüft wurde. Wir haben keine Zweifel mehr, dass das Produkt der XXXX mit Stehern getestet wurde und wir nehmen das Ergebnis der Prüfanstalt zur Kenntnis, aber verweisen darauf, dass die Antragstellerin mit vergleichbaren Dämmelementen die Erfahrungen hat, dass die geforderten 27 dB nicht erreicht werden.

XXXX : Es wird auf den letzten Absatz der Seite 2 des Gutachtens der MA 39 vom 02.06.2017 verwiesen, wonach das erreichte bewertete Schalldämmmaß auch auf Konstruktionen, die aus der geprüften Lärmschutzwand sowie den genannten Absorberplatten besteht, übertragbar ist.

VR: Was ist Ihr nächstes zu prüfendes Vorbringen?

XXXX : Das Angebot der Fa. XXXX beinhaltet nicht die von der RVE 04.01.01 vergebene Anforderung der Fixierung durch Elastomerbänder. Da für diese Art der Befestigungsbänder in Österreich nur das Tripacs-Band zulässig ist.

[...]

XXXX : Die XXXX hat ein Elastomerband angeboten und nicht ein Tripacs-Band. Ein

Elastomerband ist die allgemeine Bezeichnung für ein Dichtband bei Schallschutzwänden, während ein Tripacs-Band ein konkretes Produkt für solche Bänder ist.

XXXX : In der Ausschreibung wurde nur die Verwendung von Elastomerbändern vorgeschrieben, nicht explizit aber von Tripacs-Bändern. Die Fa. XXXX hat die Verwendung von herkömmlichen Elastomerbändern auch angeboten und diese ausgepreist. Das wurde im Zuge der Aufklärungsgespräche nochmals überprüft und von Seiten der Fa. XXXX nochmals bestätigt. Auch die RVE selbst schreibt nicht ausdrücklich die Verwendung von Tripacs-Bändern vor. Der behauptete Patentschutz für Tripacs-Bänder in Österreich besteht nicht, die von der Antragstellerin in Punkt 2.3 ihres Schreibens vom 26.03.2018 angegebene Patentnummer führt zu einem Gebrauchsmuster, das zum einen bereits erloschen ist und zum anderen für Österreich auch zu keiner Zeit Gültigkeit entfaltet hat, sondern nur für Deutschland. Das Tripacs-Elastomerband kostet im Schnitt ca. 6 Euro pro Laufmeter, ein herkömmliches Elastomerband kostet ca. 1 Euro pro Laufmeter. Somit ist das Tripacs-Band wesentlich teurer.

Der Registerauszug betreffend das genannte Gebrauchsmuster wird der Antragstellerin zur Kenntnisnahme übergeben.

XXXX : Es besteht zu dieser Nummer 2006 020 763 die Anmeldung zu einem EU-Patent im Bereich der Europäischen Union. Ich kann das entsprechende Patent nicht vorlegen da es noch nicht veröffentlicht ist.

VR: Wie kann das Gericht von dem von Ihnen genannten Patent Kenntnis erlangen?

XXXX : Wir übersenden dem Gericht per Mail ein entsprechendes Dokument.

Das übersendete Dokument wird ausgedruckt und an alle anwesenden Parteien übergeben.

XXXX : Beim vorgelegten Auszug handelt es sich nicht um eine EU-Patentanmeldung, sondern nur um eine Anmeldung für Deutschland, welche in Österreich keine Anwendung findet, dies ergibt sich aus dem Mail der Patentanwälte Barger, Piso und Partner vom 23.03.2018, weiters führen die Patentanwälte aus, dass die Patenterteilung selbst noch

nicht erfolgt ist, sondern zeitgleich mit der Veröffentlichung der Patentschrift erfolgt. Weiters bestreitet die Auftraggeberin, dass das Tripacs-Band selbst Gegenstand der Patentanmeldung in Deutschland ist. Im Übrigen verweist die Auftraggeberin darauf, dass ihr keinerlei patentrechtliche Untersagung von anderen Elastomerbändern in Österreich bekannt ist. Zu patentrechtlichen Fragen wird verwiesen auf eine Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 11.12.2013, N/0109-BVA/05/2013-65, wonach ein entsprechendes Patentrechtsverletzungsverfahren durch das zuständige Handelsgericht durchzuführen ist und die bloße Behauptung eines Patentverstoßes keine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung herbeiführen kann.

VR: Wir kommen nun zum Punkt 2.4 im Schreiben der Antragstellerin vom 26.03.2018.

XXXX : Die Prüfung hinsichtlich Alterung und Korrosionsbeständigkeit wurde bei der FSV-Prüfung vom 11.10.2016 auf Seite 10 des Gutachtens

XXXX dokumentiert.

VR: Kann dieser Teil des Prüfberichtes verlesen werden?

XXXX und XXXX stimmen zu.

Verlesen wird der Punkt Prüfung der Alterung und Korrosionsbeständigkeit aus der FSV-Prüfung vom 11.10.2016 auf Seite 10 des Gutachtens XXXX . Weiters wird verlesen die FSV-Prüfung vom 11.10.2016 auf Seite 9 des Gutachtens XXXX

Verlesen wird ebenfalls die FSV-Prüfung vom 11.10.2016 auf Seite 13 des Gutachtens XXXX welches wie folgt lautet: "Es wurden weiters festgestellt, dass gemäß RVE 04.01.01 zu dem zugehörigen Leitfaden geforderten Nachweise für die Zulassung des Geschwindigkeitsbereichs bis 160 km/h erfüllt sind."

XXXX : Verwiesen wird auf Punkt 3.4.4 der RVE 04.01.01.

XXXX : Die RVE sagt, dass sowohl die Steher als auch die Schrauben mit Zinküberzug auszuführen sind und der von der Antragstellerin zitierte Punkt der RVE stellt lediglich auf Kontaktkorrosion zwischen unterschiedlichen Metallteilen ab.

XXXX : Wir glauben, dass die Fa. XXXX ein anderes Muster für das Gutachten von XXXX vom 10.02.2017 zur Verfügung gestellt hat, als sie angeboten hat.

XXXX : Selbstverständlich entspricht das Muster das wir DI XXXX zur Verfügung gestellt haben, dem von uns angebotenen Produkt. Wir verwenden verzinkte Schrauben.

XXXX : Es wurden die geprüften und zugelassenen Elemente von XXXX angeboten. Im Übrigen sind solche Systeme seit über 20 Jahren in Verwendung und es hat noch nie Probleme mit Korrosion gegeben.

VR: Wir kommen nun zu Punkt 2.5 des Schreibens der Antragstellerin vom 26.03.2018.

[...]

XXXX : Die entsprechenden Adapterelemente wurden gemäß RVE angeboten und sie entsprechen auch der RVE aufgrund des Gutachtens XXXX vom 10.02.2017.

VR: Wir kommen nun zu Punkt 2.7 des Schreibens der Antragstellerin vom 26.03.2018.

XXXX : Wir nehmen an, dass in dem der Zulassung zugrunde liegende Muster ein Tripacs-Band verwendet wurde und daher die Ergebnisse nicht aussagekräftig sind, da die Fa. XXXX ein anderes Elastomerband als Tripacs angeboten hat.

XXXX : Unser Muster für die Zulassung der ggst. Lärmschutzwände hat ein Elastomerband das nicht Tripacs ist enthalten und dieses haben wir auch angeboten.

XXXX : Wir haben nicht die Verwendung eines Tripacs-Bandes für die verfahrensgegenständlichen Lärmschutzwände vorgegeben. Nach dem Kenntnisstand der Auftraggeberin wurde von XXXX auch ein herkömmliches Elastomerband beim Muster verwendet. XXXX hat jedenfalls ein herkömmliches Elastomerband (das nicht Tripacs ist) angeboten.

XXXX : Wir haben von einer unbekannten Informationsquelle von Seiten des FSV gehört, dass die Auftraggeberin angeblich darauf besteht, dass bei der Prüfung durch das FSV Tripacs-Bänder verwendet werden und auch verwendet wurden. Ich kann nicht sagen, wer der entsprechende Informant war.

XXXX : Die Auftraggeberin hat keinen solchen Wunsch gegenüber der Zulassungsstelle geäußert. Im Übrigen testet die FSV die Produkte in der Zusammensetzung wie sie eingereicht werden und nicht nach selbst vorgegebenem Aufbau bzw. nach selbst vorgegebener Zusammensetzung der Elemente.

XXXX : Wir bestreiten das Vorbringen der Antragstellerin in Punkt 1. des ergänzenden Vorbringens vom 26.03.2018 hinsichtlich des fehlenden Rechtschutzinteresses und etwaiger Absprachen.

VR: Wir kommen zuletzt zu der Frage der Angemessenheit der Preise von XXXX .

XXXX : Wir verweisen auf unseren Schriftsatz vom 09.03.2018, Punkt

2.1 und 2.2."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ÖBB-Infrastruktur AG hat einen Lieferauftrag im Wege eines Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb unter Einrichtung eines Prüfsystems im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 14.07.2016, in der EU am 13.07.2016 erfolgt. Die Entscheidung mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll ist mit Fax vom 22.02.2018 zugunsten der XXXX und XXXX erfolgt (Schreiben der Auftraggeberin vom 06.03.2018).

Gemäß Punkt 3.1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 30.10.2017 ist die in Anlage 2 befindliche Technische Leistungsbeschreibung und das in Anlage 3 befindliche Angebotsformular für Preise (Vorbemerkungen) Teil der Ausschreibungsunterlagen. Die Technische Leistungsbeschreibung lautet auszugsweise:

Es gelten die technischen Anforderungen aus dem Prüfsystems "Fertigung und Lieferung Lärmschutzwandelementen mit Träger- und Absorptionskörper aus Beton, optional das Versetzen, Zl.: 2016/S 133-239822 vom 13.07.2016"

Diese beinhalteten:

\* Regelwerk 09.11."Lärmschutz"

\* RVE 04.01.01 "Lärmschutzwände" und der

\* Leitfaden zur RVE 04.01.01, "Prüfung der Dauerhaftigkeit von LSW-Elementen,- Paneelen, -Toren und -Türen")

Das Angebotsformular für Preise (Vorbemerkungen) lautet in Punkt 01 Lärmschutzwandelement Bahnbau auszugsweise:

"Die Schalldämmwirkung hat gemäß EN 1793-2 DLR > 27 dB (Gruppe 3) mindestens zu entsprechen."

Das Prüfgutachten der MA39 vom 02.06.2017 lautet auszugsweise:

"Aufgrund der genannten Prüfung unter Punkt 1.2 und der h.a Erfahrung kann seitens der Ma 39 festgestellt werden, dass das erreichte bewertete Schalldämmmaß Rw der geprüften Schallschutzwand auch auf Konstruktionen, die aus der geprüften Lärmschutzwand sowie den genannten Absorberplatten besteht, übertragbar ist (siehe auch folgende Tabelle)."

"Bewertetes Schalldämm-Maß Rw 33 (-1;-3;0;-3) dB"

"Weiters kann aufgrund der genannten Prüfungen unter Punkt 1.2, siehe /1/ und /2/ und der h.a. Erfahrung seitens der MA 39 festgestellt werden, dass die erreichten bewerteten Schallabsorptionen bzw. die Klassifizierung der geprüften Aborbersteine übertragbar sind (siehe Tabelle)."

" Einzelangabe zur Schallabsorption DLa 15 dB"

Das Gutachten von XXXX vom 10.02.2017 lautet auszugsweise:

"Es wurde weiters festgestellt, dass die gemäß RVE 04.01.01 und dem zugehörigen Leitfaden geforderten Nachweise für die Zulassung des Geschwindigkeitsbereichs bis 160 km/h erfüllt sind." (Akt des Vergabeverfahrens)

#### 2. Beweiswürdigung:

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

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024).

Allfällige Rechtswidrigkeiten einer bestandsfesten Entscheidung dürfen von der Vergabekontrollbehörde im Rahmen der Nachprüfung einer späteren Auftraggeberentscheidung nicht aufgegriffen werden (VwGH 17.06.2014, 2013/04/0029).

Zweifel an der Befugnis der Antragstellerin und somit an ihrer Antragslegitimation sind nicht hervorgekommen.

#### 3. a) Zur der behaupteten Nichterfüllung der erforderlichen Schalldämmwerte:

Die Antragstellerin brachte vor, dass das von der XXXX angebotene System aus Holzbetonmantelsteinen nicht geeignet sei, den in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Schalldämmwert von mindestens 27 dB zu erfüllen.

Aus dem Prüfgutachten der MA 39 vom 02.06.2017 geht hervor, dass der Schalldämmwert mit 33 dB, den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Schalldämmwert von mindestens 27 dB sogar übersteigt. Die bloßen unsubstantiierten Behauptungen der Antragstellerin reichen jedenfalls nicht aus um das Gutachten der MA 39 in Zweifel zu ziehen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Angebot der XXXX die erforderlichen Schalldämmwerte erfüllt.

#### 3. b) Zur behaupteten Nichterfüllung der Anforderung an die Elastomer-Fixierung bzw. Nichtverwendung von Tripacs-Bändern:

Von der Antragstellerin wurde vorgebracht, dass das Angebot der XXXX nicht die von der RVE 04.01.01 vorgegebene Anforderung der Fixierung durch Elastomerbänder beinhaltet, da in Österreich nur Tripacs-Bänder zulässig seien. Dies ergebe sich aufgrund eines patentrechtlichen Schutzes zur Patentnummer DE 20 2006 020 763.

Sowohl die Ausschreibung als auch die RVE 04.01.01 (Punkt 3.5.4.2) sehen die Verwendung von Elastomerbändern vor. Der Einsatz von Tripacs-Bändern ist in der Ausschreibung nicht vorgeschrieben. Die Argumentation der Antragstellerin, es dürfe aufgrund eines patentrechtlichen Schutzes nur das Tripac-Band verwendet werden geht ins Leere, denn aus dem von der Antragstellerin vorgelegtem E-Mail von Barger, Piso & Partner (Patentanwälte) vom 23.03.2018 ergibt sich, dass es sich bei der von der Antragstellerin angegebene Patentnummer DE 20 2006 020 763 lediglich um eine deutsche Patentanmeldung handelt. Das Angebot der XXXX entspricht daher auch ohne Verwendung von Tripacs-Bändern den Anforderungen der Ausschreibung.

#### 3. c) Zu der behaupteten fehlenden Abdichtung zwischen unterschiedlichen Materialien:

Die Antragstellerin brachte vor, dass die Vorgaben des Punktes 3.4.4 in der RVE 04.01.01 nicht erfüllt seien, da aufgrund der von der XXXX verwendeten Fixierung durch eine Schraube, bei welcher Metall auf Metall auf dem Steher aufliege, die geforderte Trennung unterschiedlicher Metallteile durch entsprechende Dichtungsmaterialien nicht gegeben sei.

Aus dem Gutachten von XXXX vom 10.02.2017 ergibt sich, dass "die gemäß RVE 04.01.01 und dem zugehörigen Leitfaden geforderten Nachweise für die Zulassung des Geschwindigkeitsbereichs bis 160 km/h erfüllt sind." Es sind im Verfahren keine Gründe für einen Zweifel an den Aussagen des Sachverständigen hervorgekommen. Die bloßen unsubstantiierten Behauptungen der Antragstellerin reichen jedenfalls nicht aus um das Gutachten von XXXX in Zweifel zu ziehen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Angebot der XXXX die die Vorgaben des Punktes 3.4.4 in der RVE 04.01.01 erfüllt.

#### 3. d) Zur behaupteten Nichtverwendung der vorgegebenen Adapterelemente:

Die Antragstellerin brachte vor, dass die in Punkt 3.5.1 der RVE 04.01.01 geforderten Adapterelemente im Angebot der XXXX nicht vorgesehen seien.

Sowohl aus dem Gutachten von XXXX vom 10.02.2017 als auch den glaubhaften Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass entsprechende Adapterelemente angeboten wurden. Das angebotene System der XXXX entspricht daher entgegen den Behauptungen der Antragstellerin den Anforderungen des Punkt 3.5.1 der RVE 04.01.01.

#### 3. e) Zu der behaupteten fehlenden FSV-Zulassung:

Die Antragstellerin brachte vor, dass die mit der Zulassungsurkunde der FSV ausgestellte Erfüllung der Voraussetzungen nach der RVE 04.01.01 nur dann belegt sei, wenn die Ausführung mit den für die Prüfung verwendeten Dichtbändern erfolge. Die FSV habe die Prüfung von Lärmschutzwandelementen nur mit Dichtbändern des Herstellers Tripacs durchgeführt. Da die XXXX bei der Prüfung ein anderes Dichtband und kein Tripac-Band eingesetzt habe, sei die Zulassungsurkunde des FSV kein tauglicher Nachweis, dass das von der XXXX angebotene System die Voraussetzungen der RVE erfülle.

Sowohl die Ausschreibung als auch die RVE 04.01.01 (Punkt 3.5.4.2) sehen die Verwendung von Elastomerbändern vor. Der Einsatz von Tripacs-Bändern ist in der Ausschreibung nicht vorgeschrieben. Die XXXX hat, wie sich aus ihrem Angebot ergibt, ein Elastomerband angeboten. Wie sie schlüssig und glaubwürdig in der mündlichen Verhandlung angegeben hat, hat sie dieses angebotene Elastomerband auch beim Muster für die Zulassung verwendet. Die bloßen unsubstantiierten Behauptungen der Antragstellerin reichen jedenfalls nicht aus, um das Gutachten von XXXX diesbezüglich in Zweifel zu ziehen.

### 3. f) Zu der behaupteten Erfordernis einer vertieften Angebotsprüfung:

Die Antragstellerin brachte vor, dass es sich beim angebotenen Preis der XXXX um einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis handeln würde. Die Auftraggeberin hätte daher eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen.

Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gem. § 268 Abs. 2 Z. 1 BVergG 2006 vorliegt, ergibt sich im Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote.

Die Auftraggeberin ist, wie sich aus ihren schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben in ihrem Schreiben vom 09.03.2018 ergibt, seit vielen Jahren mit der ASFINAG der relevanteste Auftraggeber in diesem Markt und kennt daher sowohl die Marktteilnehmer als auch die Preisentwicklung sehr gut. Sie ist bei der Auftragswertschätzung insbesondere von den letztgültigen Preisen aus den bisherigen Rahmenvereinbarungen mit der Antragstellerin und der XXXX ausgegangen. Aufgrund der Erfahrung und Marktkenntnis der Auftraggeberin besteht kein Zweifel daran, dass die Auftraggeberin in der Lage war, den Auftragswert richtig einzuschätzen. Der Gesamtpreis des Angebotes der XXXX weicht nur gering vom geschätzten Auftragswert ab. Der Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote ergibt eine tolerierbare Abweichung. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Antragstellerin durch das Anbieten des (nicht gebotenen) Tripacs Bandes offenbar relativ teuer angeboten hat. Eine vertiefte Angebotsprüfung war daher nicht erforderlich.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass kein Grund für die Nichtigerklärung der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung vorliegt.

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden.

### 4. 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.

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 die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) 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. Rechtsfragen iZm. der Ablehnung eines Subunternehmers sind klar in § 83 BVergG i.V.m. den Erläuterungen geregelt.

### **Schlagworte**

Auftragswert, bestandfeste Ausschreibung, Gutachten, Kalkulation,  
Lieferauftrag, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag,  
Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, Nichtigerklärung der  
Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, Preisvergleich,  
Rahmenvereinbarung, Schaden, Schätzung des Auftragswertes,  
Schlüssigkeit, Vergabeverfahren, Vergleich, Verhandlungsverfahren,

vertiefte Angebotsprüfung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W134.2187887.2.00

**Zuletzt aktualisiert am**

07.05.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)