

TE Verg Bescheid 2012/4/19 N/0015-BVA/08/2012-109

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.04.2012

Norm

BVergG 2006 §329 Abs4

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, OR Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 im Verfahren über die allfällige Aufhebung einer einstweiligen Verfügung, die am 16.2.2012 mit dem Verbot der Zuschlagserteilung im Verhandlungsverfahren der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb "Verbindung Ostbahn - Flughafenschnellbahn, Leistungen der örtlichen Bauaufsicht" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0015-BVA/08/2012 erlassen wurde, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, OR Mag Reinhard Grasböck, gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 im Verfahren über die allfällige Aufhebung einer einstweiligen Verfügung, die am 16.2.2012 mit dem Verbot der Zuschlagserteilung im Verhandlungsverfahren der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb "Verbindung Ostbahn - Flughafenschnellbahn, Leistungen der örtlichen Bauaufsicht" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0015-BVA/08/2012 erlassen wurde, wie folgt entschieden:

Spruch

Im gegenständlichen Verfahren gemäß § 329 Abs 4 BVergG 2006 wird Herr DI Dr E*** zum nichtamtlichen Sachverständigen für Kalkulation und Vergabewesen, Bauabwicklung und Abrechnung bestellt. Im gegenständlichen Verfahren gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 wird Herr DI Dr E*** zum nichtamtlichen Sachverständigen für Kalkulation und Vergabewesen, Bauabwicklung und Abrechnung bestellt.

Rechtsgrundlage: §§ 52ff AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraphen 52 f, f, AVG

Begründung

1. Sachverhalt einschließlich des verfahrensrechtlichen Hintergrunds:

1.1. Der österreichische VwGH judiziert in aktuell stRsp, dass Nachprüfungsanträge gegen eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Konkurrenten zurückzuweisen sind, wenn der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren selbst auszuscheiden gewesen wäre und dies aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich ist; oder aber der

Antragsteller bereits - ohne erfolgreiche Anfechtung vor der Vergabekontrollbehörde - endgültig ausgeschieden wurde
- VwGH Zlen 2007/04/0012, ZI2009/04/0302.

1.2. Im Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH Rs C-200/12 wird diese Praxis von einem italienischen Vorlagegericht derzeit hinterfragt.

1.3. Die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens erwirkte am 16.2.2012 beim BVA eine einstweilige Verfügung mit einer dadurch verhängten Zuschlagssperre.

1.4. Die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin relevierten danach im Nachprüfungsverfahren laufend Aspekte, warum das Angebots der Antragstellerin allenfalls auszuschneiden gewesen wäre, um dieser damit die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren abzusprechen. Das BVA erörterte die rechtserheblich erscheinenden Ausscheidensgründe mit den Verfahrensparteien ausführlich auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens - VwGH Zlen 2007/04/0012 und 2009/04/0207.

1.5. Die Auftraggeberin schied das Angebot der Antragstellerin schließlich am 11.4.2012 formell aus.

Im Nachprüfungsverfahren wurde zudem im Bereich der gerügten Zuschlagsentscheidung insb auch die Angebotskalkulation der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hinterfragt.

1.6. Strittig ist insb auch, inwieweit die Antragstellerin oder aber die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin vergaberechtswidrige Angebotskalkulationen vorgenommen haben.

1.7 Die Antragstellerin, die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wurden im eV - Aufhebungsverfahren zur erwogenen Sachverständigenbeiziehung gehört - § 37 AVG. 1.7 Die Antragstellerin, die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wurden im eV - Aufhebungsverfahren zur erwogenen Sachverständigenbeiziehung gehört - Paragraph 37, AVG.

1.8. Die Auftraggeberin beantragte die eV - Aufhebung, die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin drängen - entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin - darauf.

2. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich aus dem Vorstehenden wie folgt:

2.1. Im Nachprüfungsverfahren N/0015-BVA/08/2012 hängt die Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung aus derzeitiger Sicht einerseits zentral davon ab, ob die Antragstellerin mittlerweile zumindest im Ergebnis mit ihrem Angebot zu Recht ausgeschieden wurde, und ob andererseits - rein rechtlich - eine endgültig bzw berechtigt mit ihrem Angebot ausgeschiedene Bieterin vor der Vergabekontrollbehörde gegen eine anderweitige Zuschlagsentscheidung mit einem Nachprüfungsantrag vorgehen kann.

2.2. Die aktuell stRsp des österreichischen VwGH versagt einem Nachprüfungswerber - durch Verneinung der derart bezeichneten Antragslegitimation - die Möglichkeit, gegen die aus seiner Sicht vergaberechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Mitbewerbers vor der Vergabekontrollbehörde vorzugehen.

Der bundesdeutsche BGH hat dies - jedenfalls teilweise anders als der VwGH - im Sinne einer dennoch mitunter existenten Antragslegitimation gemäß den unionsweit geltenden Rechtsmittelrichtlinien gesehen, dies allerdings zeitlich vor den einschlägigen Novellierungen durch die RL 2007/66/EG, siehe dazu insb BGH 26.9.2006, X ZB14/06. Der bundesdeutsche BGH hat dies - jedenfalls teilweise anders als der VwGH - im Sinne einer dennoch mitunter existenten Antragslegitimation gemäß den unionsweit geltenden Rechtsmittelrichtlinien gesehen, dies allerdings zeitlich vor den einschlägigen Novellierungen durch die RL 2007/66/EG, siehe dazu insb BGH 26.9.2006, römisch zehn ZB14/06.

Seit der RL 2007/66/EG kommt es unionsrechtlich mitunter darauf an, inwieweit der Schaden nach Art 1 Abs 3 der RL 1 Abs 3 92/13/EWG idgF für einen Bieter entfiele, wenn der fragliche Bieter bereits endgültig ausgeschlossen nach Art 2a dieser RL ist. Hier existiert noch keine EuGH - Rsp. Seit der RL 2007/66/EG kommt es unionsrechtlich mitunter darauf an, inwieweit der Schaden nach Artikel eins, Absatz 3, der RL 1 Absatz 3, 92/13/EWG idgF für einen Bieter entfiele, wenn der fragliche Bieter bereits endgültig ausgeschlossen nach Artikel 2 a, dieser RL ist. Hier existiert noch keine EuGH - Rsp.

Die zitierte Rsp des BGH dürfte wiederum mit der innerösterreichischen Rsp des OGH abseits des vergabekontrollbehördlichen Rechtsschutzes - diese allenfalls gemäß dem Äquivalenzgrundsatz potentiell bedeutsam erachtbar - im Einklang stehen, wonach der eigene Wettbewerbsverstoß die Wettbewerbsklage gegen den (behauptet) wettbewerbswidrig zu bewertenden Konkurrenten nicht hindert; kein "unclean hands" - Einwand, OGH 26.8.2008, 4Ob

2.3. Ein italienisches Vorlagegericht hinterfragt vor dem Hintergrund des italienischen Verfahrensrechts nunmehr die in Italien obergerichtlich vorgegebene und offenbar der österreichischen stRsp im Ergebnis wohl weitgehend identische Antragslegitimationsansicht in einem Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH vom 24.2.2012, Rs C-100/12, wenn dort thematisiert wird, ob unionsrechtskonform zwingend zuvor über die Widerklage des Zuschlagsempfängers zu entscheiden ist, wenn dieser behauptet, der (iSd österreichischen Terminologie:) Antragsteller erfülle mit seinem Angebot die Mindestanforderungen nicht.

2.4. Rechtlich erscheint es hier gemäß § 329 Abs 1 iVm Abs 4 BVergG 2006 grundsätzlich geboten, eine durch eine eV verhängte Zuschlagssperre aufzuheben, wenn die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrags davon abhängen, ob der EuGH künftig einmal - denkmöglich - die aktuelle Antragslegitimations - Rsp anders als der VwGH iSv Zlen 2007/04/0012 bzw 2009/04/0302 sehen würde. Insoweit überwiegen nämlich die Interessen eines auf die Vergabe drängenden Auftraggebers und die Interessen eines gleichfalls auf die Vergabe an ihn drängenden in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers sowie die besonderen öffentlichen Interessen an der Abwicklung eines UVP - pflichtigen und bereits bewilligten Eisenbahnprojekts die Interessen eines Antragstellers, der selbst - allenfalls glaubhaft erscheinend - kein vergaberechtskonformes Angebot gelegt hat, da eine künftige nicht garantierte Rsp - Änderung samt damit möglicher Verhinderung der Vergabe an den Konkurrenten für sich allein nicht die Interessen einer aktuell durchzuführenden Dienstleistungsvergabe, die iZm einer zusammenhängenden Bauvertragsabwicklung steht, überwiegen kann. 2.4. Rechtlich erscheint es hier gemäß Paragraph 329, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 4, BVergG 2006 grundsätzlich geboten, eine durch eine eV verhängte Zuschlagssperre aufzuheben, wenn die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrags davon abhängen, ob der EuGH künftig einmal - denkmöglich - die aktuelle Antragslegitimations - Rsp anders als der VwGH iSv Zlen 2007/04/0012 bzw 2009/04/0302 sehen würde. Insoweit überwiegen nämlich die Interessen eines auf die Vergabe drängenden Auftraggebers und die Interessen eines gleichfalls auf die Vergabe an ihn drängenden in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers sowie die besonderen öffentlichen Interessen an der Abwicklung eines UVP - pflichtigen und bereits bewilligten Eisenbahnprojekts die Interessen eines Antragstellers, der selbst - allenfalls glaubhaft erscheinend - kein vergaberechtskonformes Angebot gelegt hat, da eine künftige nicht garantierte Rsp - Änderung samt damit möglicher Verhinderung der Vergabe an den Konkurrenten für sich allein nicht die Interessen einer aktuell durchzuführenden Dienstleistungsvergabe, die iZm einer zusammenhängenden Bauvertragsabwicklung steht, überwiegen kann.

Insoweit sind die Interessen der Antragstellerin unionsrechtskonform durch ein nachmalig über einen Fortsetzungsantrag nach § 331 Abs 4 BVergG 2006 und ein damit durchführbares Feststellungsverfahren hinreichend geschützt - VwGH 2.2.2012, 2011/04/0017. Insoweit sind die Interessen der Antragstellerin unionsrechtskonform durch ein nachmalig über einen Fortsetzungsantrag nach Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 und ein damit durchführbares Feststellungsverfahren hinreichend geschützt - VwGH 2.2.2012, 2011/04/0017.

2.5. Ob nunmehr aber glaubhaft erscheint, dass die Antragstellerin, die von der Auftraggeberin vorerst zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde und danach einem aufwandsintensiven Prozedere in der zweiten Vergabeverfahrensstufe unterzogen wurde, tatsächlich ein vergaberechtswidriges Angebot gelegt hat, hängt ausweislich der Ausscheidensentscheidung vom 10.4.2012 rücksichtlich der aktuell relevierten Ausscheidensgründe, die auf die zweite Vergabeverfahrensstufe zurückzuführen sind, insb auch davon ab, ob die Antragstellerin Kosten der Zufahrten des angebotenen Schlüsselpersonals (insb aus Deutschland) vergaberechtswidrig in eine andere auszupreisende LV - Position als die dafür nach dem branchenüblichen Verständnis der Ausschreibungsunterlagen dafür vorgesehene Position verschoben hat. Würde man auf Tatsachenebene eine derartige unzulässige Verschiebung konstatieren, würde der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin tatsächlich nurmehr davon abhängen, ob sich die aktuelle Antragslegitimations - Rsp künftig vielleicht ändert. Dies mag allerdings eine Aufrechterhaltung der eV gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 - wie aufgezeigt - nicht zu rechtfertigen. 2.5. Ob nunmehr aber glaubhaft erscheint, dass die Antragstellerin, die von der Auftraggeberin vorerst zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde und danach einem aufwandsintensiven Prozedere in der zweiten Vergabeverfahrensstufe unterzogen wurde, tatsächlich ein vergaberechtswidriges Angebot gelegt hat, hängt ausweislich der Ausscheidensentscheidung vom 10.4.2012 rücksichtlich der aktuell relevierten Ausscheidensgründe, die auf die zweite Vergabeverfahrensstufe zurückzuführen sind, insb auch davon ab, ob die Antragstellerin Kosten der Zufahrten des angebotenen Schlüsselpersonals (insb aus Deutschland) vergaberechtswidrig in eine andere auszupreisende LV - Position als die dafür nach dem

branchenüblichen Verständnis der Ausschreibungsunterlagen dafür vorgesehene Position verschoben hat. Würde man auf Tatsachenebene eine derartige unzulässige Verschiebung konstatieren, würde der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin tatsächlich nurmehr davon abhängen, ob sich die aktuelle Antragslegitimations - Rsp künftig vielleicht ändert. Dies mag allerdings eine Aufrechterhaltung der eV gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 - wie aufgezeigt - nicht zu rechtfertigen.

2.6. Würde zudem - nach Befragung des Sachverständigen - zum branchenüblichen Verständnis einiger Ausschreibungsbestandteile und zur Frage der unzulässigen Verschiebung von Aufwand für Wochenend- und Feiertagsarbeiten öä im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin glaubhaft werden, dass diese gerügten Mängel beim Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht vorliegen, so erschiene es für die Antragstellerin nach der hier angelegten Sichtweise gleichfalls unwahrscheinlich, dass sie eine Auftragserteilung an die Konkurrentin in diesem Vergabeverfahren noch endgültig verhindern kann, so dass auch insoweit die Interessen der Auftraggeberin und die Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Interessen der Antragstellerin an der eV - Aufrechterhaltung überwiegen würden, zumal die Auftraggeberin derzeit auch nicht fakultativ widerrufen will.

2.7. Zur Frage des branchenüblichen Verständnisses der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen im Bereich des Leistungsverzeichnisses und einiger andere Ausschreibungstextteile bzw zur Frage der bislang relevierten vergaberechtswidrigen Kosten- bzw Preisanteilsverschiebungen ist die Beiziehung eines Sachverständigen geboten, siehe vergleichend zB VwGH 2007/04/0012.

2.8. Amtliche Sachverständige stehen dem Bundesvergabeamt insoweit nicht zur Verfügung.

Auch im Verfahren nach § 329 Abs 4 BVergG 2006 sind Sachverständige nach §§ 52f AVG beziehbar. Dies insb - entgegen der Antragstellerinnenauffassung lt Eingabe, lfd Nr 108 des Verwaltungsakts - jedenfalls auch zur Prüfung der Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrags iSv EuGH Rs C-424/01, zumal der nationale Verfahrensgesetzgeber dies nicht ausdrücklich verboten hat und die genannten Erfolgsaussichten - als unmittelbar auf die gemäß § 329 BVergG 2006 rechtserheblichen Interessen einwirkend - ein zentrales Thema der Interessensabwägung im eV - Verfahren sind. Auch im Verfahren nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG 2006 sind Sachverständige nach Paragraphen 52 f, AVG beziehbar. Dies insb - entgegen der Antragstellerinnenauffassung lt Eingabe, lfd Nr 108 des Verwaltungsakts - jedenfalls auch zur Prüfung der Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrags iSv EuGH Rs C-424/01, zumal der nationale Verfahrensgesetzgeber dies nicht ausdrücklich verboten hat und die genannten Erfolgsaussichten - als unmittelbar auf die gemäß Paragraph 329, BVergG 2006 rechtserheblichen Interessen einwirkend - ein zentrales Thema der Interessensabwägung im eV - Verfahren sind.

Gegen den bestellten Sachverständigen bestanden seitens der Parteien innerhalb der gesetzten Äußerungsfrist keine insoweit substantiierten Befangenheits- oder sonstigen Einwendungen.

Ausschließungsgründe im Sinne des § 53 Abs 1 AVG liegen nicht vor. Ausschließungsgründe im Sinne des Paragraph 53, Absatz eins, AVG liegen nicht vor.

Schlagworte

eV-Aufhebung; Erfolgsaussichten; Sachverständigenbestellung;

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at