

TE Verg Bescheid 2010/1/4 N/0132-BVA/02/2009-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.01.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner Zulaufstrecke Nord; Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; Dienstleistung AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Rechtsanwalt Y***, vom 28. Dezember 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 29. Dezember 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß

Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner Zulaufstrecke Nord; Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; Dienstleistung AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Rechtsanwalt Y***, vom 28. Dezember 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 29. Dezember 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - örtliche Bauaufsicht Fernmelde- und Telekomanlagen" bis zur Entscheidung über den unter Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - örtliche Bauaufsicht Fernmelde- und Telekomanlagen" bis zur Entscheidung über den unter Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 29. Dezember 2009, brachte die A***, vertreten durch Rechtsanwalt Y*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ein.

Mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass ursprünglicher Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Brenner Eisenbahn GmbH gewesen sei. Als ausschreibende Stelle habe die ÖBB-Infrastruktur AG, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, fungiert. Auf Grund von Umstrukturierungsmaßnahmen während des laufenden Vergabeverfahrens sei die Brenner Eisenbahn GmbH mit der ÖBB-Infrastruktur AG fusioniert worden. Wer nun tatsächlich Auftraggeber sei, sei nicht eindeutig. Auf der Grundlage einer Fragebeantwortung und nach Einsicht in das Firmenbuch sei allerdings davon auszugehen, dass die ÖBB-Infrastruktur AG, GB-Unterinntal Beschaffung Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, Auftraggeber sei.

Das Vergabeverfahren sei als nicht offenes Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt worden. Es handle sich um eine Ausschreibung im Sektorenbereich. Mit Schreiben vom 15.12.2009 habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass der Zuschlag an die B*** erteilt werden solle. Diese Zuschlagsentscheidung werde hiermit angefochten.

Die ÖBB-Infrastruktur AG sei öffentlicher Auftraggeber. In den Ausschreibungsunterlagen, Teil A Punkt 6, sei das Bundesvergabeamt als zuständige Nachprüfungsbehörde genannt.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei daher evident. Sie habe weiterhin großes wirtschaftliches und strategisches Interesse am Auftragserhalt.

Bei der ausgeschriebenen örtlichen Bauaufsicht von Fernmelde- und Telekomanlagen handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Es handle sich zweifellos um ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde ihr großer Schaden entstehen. Dieser bestehe einerseits im entgangenen marktüblichen Gewinn sowie in den frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie in den bisher angefallenen Kosten für die anwaltliche Vertretung. Weiters würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

Im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG,

im Recht auf Gleichbehandlung sowie auf fairen und lauten Wettbewerb,

im Recht auf eine ausreichend begründete Zuschlagsentscheidung und im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung und Bestbieterentscheidung,

im Recht auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten deren Bieter nicht befugt seien, und

im Recht auf Zuschlagserteilung an die Antragstellerin als Bestbieterin.

Die Angebotsfrist habe am 13. Oktober 2009, 12.00 Uhr, geendet. Die Angebotseröffnung sei nicht öffentlich erfolgt. Die Antragstellerin sei über die Öffnung der Angebote oder das Ergebnis der Angebotsöffnung nicht informiert worden und sei ihr auch keine "Zwischenreihung" mitgeteilt worden. Gemäß Punkt 12.4 der Ausschreibungsunterlagen seien offenbar Verhandlungen mit dem bestgereihten Bieter geführt worden, von denen die Antragstellerin keine Kenntnis erlangt habe. Erstmals mit der Zuschlagsentscheidung vom 15.12.2009 sei die Antragstellerin über das Angebotsergebnis und die durchgeführte Angebotsprüfung unterrichtet worden.

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

1. 1.Ziffer eins

Begründungsmangel:

Die Zuschlagsentscheidung sei unzureichend begründet und entspreche sohin nicht den in § 131 BVergG verankerten Vorgaben für die Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Nach § 131 leg.cit seien in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung unter anderem die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht erfolgreichen Bieters sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Nach der eindeutigen Rechtssprechung solle die Begründung den nicht erfolgreichen Bieter in die Lage versetzen, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf ihre Korrektheit nachzuvollziehen und einen Nachprüfungsantrag gegen die inhaltliche Begründetheit der Entscheidung zu stellen. Welches Ausmaß an Informationen über die Merkmale des erfolgreichen Angebots und die Gründe für die Ablehnung des nicht erfolgreichen Angebots gegeben werden müssten, sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dies richte sich vor allem nach den angewandten Zuschlagskriterien. Im vorliegenden Fall käme dem qualitativen Zuschlagskriterium "Technikfaktor" entscheidende Bedeutung zu. Der Punktevorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rühre ausschließlich aus der besseren Bewertung ihres Angebotes im Rahmen des "Technikfaktors". Das Angebot der Antragstellerin sei erheblich billiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Im Rahmen des genannten Zuschlagskriteriums hätte die Ausschreibungsunterlage eine Reihe von Subkriterien vorgesehen, bei denen vor allem Erfahrung und Ausbildung des Personals des Bieters einem detaillierten Bewertungsschema unterzogen würden. Der Auftraggeber habe sich in der Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung jedoch darauf beschränkt, nur die Gesamtpunkteergebnisse des "Technikfaktors" bekannt zu geben. Diese Information sei für sich genommen völlig wertlos. Sie erlaube der Antragstellerin keinerlei Rückschlüsse auf jene Bewertung, die für die bessere Platzierung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin tatsächlich maßgebend gewesen sei. Bereits deshalb sei die vorliegende Begründung unzureichend. Die Zuschlagsentscheidung sei unzureichend begründet und entspreche sohin nicht den in Paragraph 131, BVergG verankerten Vorgaben für die Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Nach Paragraph 131, leg.cit seien in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung unter anderem die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht erfolgreichen Bieters sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde. Nach der eindeutigen Rechtssprechung solle die Begründung den nicht erfolgreichen Bieter in die Lage versetzen, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf ihre Korrektheit nachzuvollziehen und einen Nachprüfungsantrag gegen die inhaltliche Begründetheit der Entscheidung zu stellen. Welches Ausmaß an Informationen über die Merkmale des erfolgreichen Angebots und die Gründe für die Ablehnung des nicht erfolgreichen Angebots gegeben werden müssten, sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dies richte sich vor allem nach den angewandten Zuschlagskriterien. Im vorliegenden Fall käme dem qualitativen

Zuschlagskriterium "Technikfaktor" entscheidende Bedeutung zu. Der Punktevorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rühre ausschließlich aus der besseren Bewertung ihres Angebotes im Rahmen des "Technikfaktors". Das Angebot der Antragstellerin sei erheblich billiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Im Rahmen des genannten Zuschlagskriteriums hätte die Ausschreibungsunterlage eine Reihe von Subkriterien vorgesehen, bei denen vor allem Erfahrung und Ausbildung des Personals des Bieters einem detaillierten Bewertungsschema unterzogen würden. Der Auftraggeber habe sich in der Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung jedoch darauf beschränkt, nur die Gesamtpunkteergebnisse des "Technikfaktors" bekannt zu geben. Diese Information sei für sich genommen völlig wertlos. Sie erlaube der Antragstellerin keinerlei Rückschlüsse auf jene Bewertung, die für die bessere Platzierung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin tatsächlich maßgebend gewesen sei. Bereits deshalb sei die vorliegende Begründung unzureichend.

Darüber hinaus sei das völlige Fehlen jeglicher verbaler Begründungen der Bewertungsergebnisse ein Begründungsmangel. Gerade im Hinblick auf das in der Ausschreibung vorgesehene Bewertungsschema wäre die Angabe, mit welcher Art von Referenzen für welche Art von Personal welches Ergebnis erzielt worden sei, unabdingbar. Ohne diese Angaben könne die Antragstellerin die Bewertung in keiner Weise nachvollziehen. Sie könne auch die Bewertung nicht auf ihre Richtigkeit hinterfragen bzw. Gegenargumente prüfen. Der Antragstellerin sei es dadurch auch verwehrt, eine seriöse Anfechtung der inhaltlichen Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung vorzubereiten. Sie wäre vielmehr gezwungen, "ins Blaue" hinein zu argumentieren. Dies laufe dem Sinn des Rechtsschutzsystems zuwider und verlagere die im Vergabeverfahren zu erledigenden Aufgaben des Auftraggebers in das Kontrollverfahren.

Die bloße Angabe tabellarischer Punkteergebnisse sei unzureichend. Auch das BVA habe die bloße Bekanntgabe von Gesamtpunkteergebnissen sowie von "allgemeinen Floskeln" als unzureichend beurteilt. Die Bekanntgabe der Ergebnisse der Subkriterien und der inhaltlichen Erwägungen bei der Bewertung des Angebotes der Antragstellerin wären im Hinblick auf die öffentlichen Interessen bzw. die berechtigten Geschäftsinteressen anderer Unternehmer problemlos gewesen. Die inhaltlichen Erwägungen bei der Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären problemlos einer anonymisierten Darstellung zugänglich. Die vorliegende Begründung sei jedenfalls unzureichend.

Durch eine unzureichende Begründung werde der Bieter in seiner effektiven Anfechtungsfrist verkürzt und in seinem Recht auf ordnungsgemäße Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung verletzt. Dabei sei es irrelevant, ob der Bieter die Möglichkeit hätte, durch eigene Initiativen beim Auftraggeber zusätzlich Informationen einzuholen. Noch unbeachtlicher sei es, ob der Bieter im Rahmen eines Kontrollverfahrens die Möglichkeit hätte, zusätzliche Informationen durch Einsicht in seine Bewertung bzw. die Bewertung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erlangen. Eine nachträgliche Sanierung der mangelhaften Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sei nicht möglich.

Die daraus resultierende Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung sei jedenfalls für den Ausgang des Verfahrens wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch wesentlich erschwert werde. Die Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

1. 2.Ziffer 2

Mangelnde Befugnis und Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. ihrer Subunternehmer:

Nach den Informationen der Antragstellerin sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor allem im Bereich Consulting/Unternehmensberatung tätig, nicht jedoch im Bereich Bauaufsicht und Planung. Ob die entsprechenden Befugnisse und Befugnisnachweise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hätten, erscheine daher fraglich.

Soweit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, einer Tochtergesellschaft der C***, der Zuschlag erteilt werden solle, sei darauf hinzuweisen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach Kenntnis der Antragstellerin keine ausreichende Referenzen und auch keine ausreichende Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des gegenständlichen Leistungsumfanges vorweisen könne. Sie müsse sich daher in ihrem Angebot auf Referenzen ihrer Muttergesellschaft, der C***, berufen haben bzw. diese auch als Subunternehmerin benannt haben.

Soweit sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Referenzen ihrer Muttergesellschaft berufe, sei dies nur zulässig, als die Muttergesellschaft eine ausreichende "Zurverfügungstellungserklärung" abgegeben habe. Ein Unternehmen

könne im Fall fehlender oder unzureichender Leistungsfähigkeit seine fachliche Eignung dadurch nachweisen, dass es beweise (verbindliche Erklärung), dass es während des Auftragszeitraumes tatsächlich über die konkreten Mittel dieses Unternehmens, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich seien, verfüge. Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund habe die tatsächliche Verfügbarkeit zur Voraussetzung. Alleine die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören würden, reiche zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus. Eine unrichtige Zurechnung eines genannten Referenzprojektes oder einer sonstigen Angabe zur technischen Leistungsfähigkeit laufe den allgemeinen Vergabegrundsätzen (Gleichbehandlung) zuwider.

Falls mit dem Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin eine "Zurverfügungstellungserklärung" der C*** nicht abgegeben worden sei oder Referenzangaben unzulässig vermisch worden seien, sei die Wertung der Referenzen unzulässig und wäre das Angebot mangels Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auszuschneiden.

Nach Kenntnis der Antragstellerin arbeite die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht ständig mit dem für die Arbeitsdurchführung des gegenständlichen Auftrags notwendigen Personal. Auch aus diesem Grunde sei die Leistungsfähigkeit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin fraglich.

1. 3.Ziffer 3

Unrichtiges Ausfüllen aufgrund missverständlicher Ausschreibungsunterlagen:

In den Ausschreibungsunterlagen, Teil F, technisches Angebot, würden auf den Seiten 3 und 5 die allgemeinen Informationen zum ÖBA-Leiter gefordert, welche später offenbar in die Punktebewertung einfließen würden. Danach seien anzugeben und anzukreuzen:

Die Ausbildung,

die Berufserfahrung als ÖBA-Leiter im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen,

die Berufserfahrung als technischer Mitarbeiter in einer örtlichen Bauaufsicht im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen und

die allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen.

Im Unterpunkt "allgemeine Berufserfahrung" werde in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt angefragt:

Allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen (Diese Person hat noch nie in einer örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet). Und weiters (Fußnote 4):

Bescheinigung der jeweiligen Berufserfahrung sind beizulegen.

Aus dem in den Ausschreibungsunterlagen Teil F sich jeweils ergebende Klammerausdruck "Diese Person hat noch nie in einer örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet" ergebe sich bereits nach der klaren Wortinterpretation , dass bezüglich des Punktes allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen nur solche Personen anzugeben seien, welche tatsächlich noch nie in einer örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet hätten. Da die Antragstellerin Personal, welches noch nie in einer örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet habe, nicht beschäftige, habe sie den diesbezüglichen Punkt "allgemeine Berufserfahrung" vorerst (richtigerweise) nicht angekreuzt.

Über Nachfrage beim Auftraggeber sei mitgeteilt worden, dass die Ausschreibungsunterlagen entgegen dem klaren Wortlaut anders zu verstehen gewesen seien und hier lediglich die allgemeine Berufserfahrung im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen abgefragt worden sei und dafür auch Personen in Betracht kämen, die bereits bei örtlichen Bauaufsichten mitgearbeitet hätten.

Sollte die präsuntive Zuschlagsempfängerin in diesem Bereich "allgemeine Berufserfahrungen" im Bereich Fernmelde- und Telekomanlagen angekreuzt haben und damit Personen gemeint haben, welche bereits in der örtlichen Bauaufsicht mitgearbeitet hätten, widerspräche dies den Ausschreibungsunterlagen und wäre daher nicht zu werten bzw. die in diesem Punkt von der Antragstellerin (über Nachfrage des Auftraggebers) erfolgte Nachreichung ebenfalls zu werten.

Falls das Angebot der Antragstellerin deshalb schlechter bewertet worden sein sollte, da anfänglich auf Grund des Verständnisses der Ausschreibungsunterlage der Bereich "allgemeine Berufserfahrung" nicht angekreuzt und erst später nachgereicht worden sei, sei festzuhalten, dass das ursprüngliche Verständnis der Antragstellerin logisch

gewesen sei, da die Ausschreibungsunterlage ausdrücklich darauf hinweise, dass die betreffende Person bei diesem Kriterium noch keine örtliche Bauaufsicht gemacht habe.

In diesem Zusammenhang werde auch darauf hingewiesen, dass auf Grund der Nachreichung durch die Antragstellerin kein Wettbewerbsvorteil gegeben sein könne, da hier nur eine Klarstellung hinsichtlich der ohnehin bereits vorhandenen Ressourcen erfolgt sei.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass ihr gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Der der Antragstellerin drohende Schaden könne nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Die Interessensabwägung müsse zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen. Ohne die einstweilige Verfügung könnte der Auftraggeber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, deren Angebot auszuschneiden sei und deren Angebot nicht das beste Angebot sei, den Zuschlag erteilen. Nach der Zuschlagserteilung könnte die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nur mehr zu Schadenersatzansprüchen führen. Ein Auftragserhalt für die Antragstellerin wäre hingegen ausgeschlossen. Nur durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sei ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet. Besondere Umstände, welche eine rasche Auftragserteilung begründen würden, seien in der Ausschreibung nicht erwähnt. Auch habe der Auftraggeber kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt, sodass ein besonderes öffentliches Interesse an einer raschen Auftragserteilung nicht zu erkennen sei.

Mit Schriftsatz vom 30.12.2009 gab der Auftraggeber, vertreten durch X***, zum gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst allgemein bekannt, dass Auftraggeber die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft sei. Eine vergebende Stelle sei nicht vorhanden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert ohne USt des verfahrensgegenständlichen Bauloses A1-Grundausrüstung belaufe sich auf ca Euro XXXX. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren gemäß § 192 Abs 6 iVm § 195 Z 1 BVergG. Das Verfahren sei als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden. Die Wahl dieser Verfahrensart gründe sich darauf, dass das ursprüngliche Verfahren (Anm: ein Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb) betreffend denselben Verfahrensgegenstand erfolglos geblieben sei. Eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EG bzw in der Wr. Zeitung sei daher nicht erfolgt. In der Folge sei eine Eignungsprüfung durchgeführt worden (im Rahmen einer im Zuge des Verfahrens erfolgten Interessensbekundung). Der Versand der Ausschreibungsunterlagen an die präqualifizierten Bewerber sei am 17.9.2009 erfolgt. Als Ende der Angebotsfrist sei der 19.10.2009, 12.00 Uhr, festgelegt gewesen. Die Öffnung der Angebote sei - unter notarieller Aufsicht - durch eine Expertenkommission erfolgt. Das Angebotsöffnungsprotokoll sei notariell hinterlegt. Mit Schriftsatz vom 30.12.2009 gab der Auftraggeber, vertreten durch X***, zum gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst allgemein bekannt, dass Auftraggeber die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft sei. Eine vergebende Stelle sei nicht vorhanden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert ohne USt des verfahrensgegenständlichen Bauloses A1-Grundausrüstung belaufe sich auf ca Euro römisch 40 . Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 6, in Verbindung mit Paragraph 195, Ziffer eins, BVergG. Das Verfahren sei als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden. Die Wahl dieser Verfahrensart gründe sich darauf, dass das ursprüngliche Verfahren Anmerkung, ein Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb) betreffend denselben Verfahrensgegenstand erfolglos geblieben sei. Eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EG bzw in der Wr. Zeitung sei daher nicht erfolgt. In der Folge sei eine Eignungsprüfung durchgeführt worden (im Rahmen einer im Zuge des Verfahrens erfolgten Interessensbekundung). Der Versand der Ausschreibungsunterlagen an die präqualifizierten Bewerber sei am 17.9.2009 erfolgt. Als Ende der Angebotsfrist sei der 19.10.2009, 12.00 Uhr, festgelegt gewesen. Die Öffnung der Angebote sei - unter notarieller Aufsicht - durch eine Expertenkommission erfolgt. Das Angebotsöffnungsprotokoll sei notariell hinterlegt.

Die Prüfung der Angebote sei kommissionell erfolgt. Der Zuschlag werde dem Bestbieter erteilt. Bestbieter sei jener Bieter, dessen Angebot den niedrigsten Gesamtbewertungsfaktor aufweise.

Als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei das Angebot der B*** ermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei mittels Telefax am 15.12.2009 bekannt gegeben worden.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung bzw ein Widerruf seien nicht erfolgt. Der Zuschlag sei nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab. Es wurde lediglich beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück-, in eventu abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Diese ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur AG sind zu 100% der ÖBB-Holding vorbehalten (vgl §§ 29a Abs 3 und 30 Bundesbahngesetz). Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Die ÖBB-Infrastruktur AG ist eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur; sie ist sohin im Sektorenbereich tätig (vgl BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Diese ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur AG sind zu 100% der ÖBB-Holding vorbehalten vergleiche Paragraphen 29 a, Absatz 3 und 30 Bundesbahngesetz). Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Die ÖBB-Infrastruktur AG ist eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur; sie ist sohin im Sektorenbereich tätig vergleiche BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVergG zu qualifizieren. Dieser soll in einem nicht offenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro XXX, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Dieser soll in einem nicht offenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro römisch 30 , sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und dem im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in der Folge für die Zuschlagserteilung in Betracht käme. Da seitens des Auftraggebers die Erteilung des Zuschlages auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Pauschalgebühren sind nach der derzeitigen Rechtslage für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich nicht zu entrichten. Da auch die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Pauschalgebühren sind nach der derzeitigen Rechtslage für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich

nicht zu entrichten. Da auch die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander 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 Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 leg.cit 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt 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 3, leg.cit 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt 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.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden eigenen Interessen bzw kein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens vorgebracht.

Demgegenüber hat die Antragstellerin den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe demnach im Gewinnentgang, in den frustrierten Kosten der Angebotserstellung sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Weiters würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens in der Projektplanung zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.). Andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand, durch entsprechendes Handeln und die möglichst späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz auszuschalten. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens in der Projektplanung zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.). Andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand, durch entsprechendes Handeln und die möglichst späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz auszuschalten.

Auch liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Auch liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Es besteht kein Zweifel daran, dass der gegenständliche Auftrag für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellt. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 18.11.2008, N/0145-BVA/09/2008-EV14; BVA 16.12.2009, N/0123-BVA/09/2009-EV19). Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen würden, wurden nicht vorgebracht. Der Senatsvorsitzende vermag auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen zu erkennen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens auch das gelindeste zum Ziel führende Mittel.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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