

TE Verg Bescheid 2009/7/12 N/0069-BVA/11/2009-6EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.07.2009

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

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

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A***, A1***, A2***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Salzburg Hbf; Bahnhofsumbau Bau/Tiefbau 2; Brücken-, Unterbau und SFE-Arbeiten" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, 1120 Wien, Vivenotgasse 10, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A***, A1***, A2***, vertreten durch X***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "Salzburg Hbf; Bahnhofsumbau Bau/Tiefbau 2; Brücken-, Unterbau und SFE-Arbeiten" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, 1120 Wien, Vivenotgasse 10, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Antragsgegnerin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren - 'Salzburg Hbf; Bahnhofsumbau Bau/Tiefbau 2; Brücken-, Unterbau und SFE-Arbeiten' - die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß

Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Antragsgegnerin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren - 'Salzburg Hbf; Bahnhofsumbau Bau/Tiefbau 2; Brücken-, Unterbau und SFE-Arbeiten' – die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin, ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die Auftraggeberin schrieb im Rahmen eines offenen Verfahrens eine Bauleistung im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Die Bekanntmachung erfolgte in Österreich am 17.02.2009 in der Online Ausgabe des Lieferanzeigers unter der Dokumentennummer L-451760-9216, die EU-weite Bekanntmachung erfolgte im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften, 2009/S 33-048699.

Die Angebotsabgabe war für den 16.04.2009, 10:00 Uhr, die Öffnung der Angebote für den 16.04.2009, 13:00 Uhr, festgelegt. Insgesamt gaben 6 Bieter Angebote ab. Das Billigstangebot wurde durch die nunmehrige präsumtive Zuschlagsempfängerin, B***, gelegt.

Mit Schreiben vom 19.05.2009 teilte die Antragstellerin der Auftraggeberin mit, dass der Preis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht plausibel erscheine und deren Angebot daher auszuschneiden sei. Begründend führte die Antragstellerin aus, bei den Angeboten der Antragstellerin sowie der übrigen Bieter seien die Kosten für Materiallieferungen, Gerätschaft und Subunternehmer höher als die Gesamtangebotssumme des billigsten Offertes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Es sei daher davon auszugehen, dass bei dem Billigstangebot ein Unterpreis vorliege. Auch sei eine Vergütung der gesetzlichen Mindestlöhne, Sozialversicherungsbeiträge sowie der Lohnsteuer beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben.

Mit E-Mail vom 22.06.2009 teilte die Auftraggeberin den Bietern mit, dass sie beabsichtige, der B*** den Zuschlag zu erteilen.

Mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin diese Zuschlagsentscheidung und bringt dazu begründend vor, die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter (insbesondere unter Wahrung der Transparenz) und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf Ausscheiden von unzulässigen (insbesondere unplausiblen) Angeboten, auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf ihr Angebot sowie auf Zuschlagserteilung. Weiters führt die Antragstellerin hiezu aus, die Preisdifferenz des zweitgereihten Angebotes der Antragstellerin zum Billigstangebot betrage 27,7%. Auffallend in diesem Zusammenhang sei auch, dass die Angebote der zweit- bis fünftgereihten Bieter innerhalb einer Bandbreite von Euro 4.938.472,37 sehr eng beieinander lägen. Dieser Umstand spreche dafür, dass das Billigstangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an einer massiven Preisauffälligkeit leide. Gemäß Punkt 1.2.1 AGB seien die Einheitspreise auf Grund der einschlägigen ÖNORMEN oder sonstigen Normen entsprechenden Kalkulationen zu ermitteln. Auf Verlangen der vergebenden Stelle seien die zu einer vertieften Angebotsprüfung erforderlichen Unterlagen (insbesondere K-Blätter) vorzulegen und die notwendigen Auskünfte zu erteilen. Die Einheitspreise seien gemäß Punkt 1.2.2 AGB vor allem nach den Bestimmungen der ÖNORM B 2063, Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automatisationsunterstützter Verfahren – Verfahrensnorm (in der Folge: "ÖNORM B 2063") zu ermitteln. Aufwendungen für Überstunden bzw. Sonn- und Feiertagsarbeiten und dergleichen zur Einhaltung der vereinbarten Fertigstellungsfristen bzw. Termine würden gemäß Punkt 1.2.3 AGB nicht gesondert vergütet.

Die Erstellung des Angebotes für in Österreich zu erbringende Leistungen habe gemäß Punkt 1.1.8 AGB unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. Der Bieter verpflichte sich, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten und leiste Gewähr dafür, dass auch alle seine Subunternehmer diese einhielten.

Mit der Angebotsabgabe bestätige der Bieter gemäß Punkt 1.6.2 AGB, dass er alle örtlichen Gegebenheiten, insbesondere die Beschaffenheit der Baustelle, die Zufahrtsmöglichkeiten und alle sonstigen für die Ausführung maßgeblichen Umstände, festgestellt und in der Preisbildung berücksichtigt, sowie die für das Angebot maßgeblichen Unterlagen eingehend geprüft habe. Nachforderungen auf Grund solcher Umstände seien ausgeschlossen. Darüber

hinaus habe sich der Auftragnehmer gemäß Punkt 1.6.1 AGB über die Einflüsse des Bahnbetriebes und deren Auswirkungen auf die Leistungserbringung, insbesondere auch über die Zugfolgen, Zugpausen, kundendienstliche Angelegenheiten udgl. zu unterrichten.

Die Baubeschreibung enthalte unter Punkt 2 "Baustellengemeinkosten (OG 01)" wesentliche Angaben über die Erschwernisse bei der Ausführung der Bauleistung in Folge des aufrechten Bahnbetriebes, des Fußgängerverkehrs und der querenden Fahrgastströme sowie der eingeschränkten Zufahrts- und Lagermöglichkeiten für die insgesamt 12 Baufelder. So würde im Zusammenhang mit dem Baufeld 2 (Bauphase 7) dargestellt, dass die Überfahrt über die Betriebsgleise nur innerhalb kurzzeitiger Gleissperren in einer maximalen Dauer von 30 Minuten möglich sei. Weiters sei davon auszugehen, dass "die Überfahrt in Summe an 4 Stunden pro 24 Stunden benutzbar ist (vor allem in den Nachtstunden)".

Im Ergebnis sei daher mit einem Teil der Bauleistungen (samt den entsprechenden Personalkosten bzw. Lohnanteilen) in den Nachtstunden zu rechnen. Gemäß der Ausschreibung seien bei diesen Leistungen die entsprechenden sozial- und kollektivvertraglichen Regelungen (zB. Nachtarbeitszuschläge) einzuhalten und bei der Angebotserstellung zu berücksichtigen. Darüber hinaus erfordere die Aufrechterhaltung des Verkehrs erhöhte Aufwände an Personal und Material im Zusammenhang mit der Baustelleneinrichtung. Gemäß Punkt 2.4 der Baubeschreibung sei z.B. eine entsprechend umfangreiches Baustellenleitsystem mit "Stelen" vorgeschrieben.

Die Antragstellerin habe ihr Angebot unter den angeführten komplexen Rahmenbedingungen betriebswirtschaftlich knapp kalkuliert. Auf Grund des ungewöhnlich niedrigen Gesamtangebotspreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehe die Antragstellerin jedoch davon aus, dass diese Position im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem extrem niedrigen Einheitspreis, unter Umständen in Höhe von etwa Euro 4 Millionen angeboten worden sei.

Laut Ausschreibung kämen für die Vergabe nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf die Bauherstellung im Gleisbereich über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten 5 Jahren bereits durchgeführt hätten. Es seien mindestens 2 Projekte mit einer Gesamtsumme von mindestens Euro 20 Millionen (exkl. USt) vorzuweisen. Der Nachweis der Leistungsfähigkeit könne auch unter Heranziehung von Subunternehmern erbracht werden. Diese seien bei sonstigem Ausscheiden bereits mit dem Angebot namhaft zu machen. Die Eignungsnachweise seien mit dem Angebot zu erbringen.

Die Differenz zwischen dem Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem Mittelwert des zweit- und viertgereihten Angebotspreises betrage 31,45%. Die Differenz zwischen dem Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem Mittelwert des zweit- und drittgereihten Gesamtangebotspreises betrage 28,69%. Im Ergebnis wäre daher jedenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen, da die Differenzen zwischen dem Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einerseits und dem Mittelwert der preislich nachgereihten Angebote andererseits jeweils weit über dem Schwellenwert von 15% lägen. Die Auftraggeberin hätte bei ihrer Prüfung der Preisangemessenheit die baulosspezifischen Erschwernisse, wie äußerst eingeschränkte Zufahrts-, Transport- und Lagermöglichkeiten sowie die Aufrechterhaltung des Bahnbetriebes, jedenfalls berücksichtigen müsse. Hätte die Auftraggeberin die vertiefte Angebotsprüfung entsprechend durchgeführt, hätte sie festgestellt, dass der Angebotspreis bzw. die angebotenen Positionspreise auf Grund der angeführten Erschwernisse nicht angemessen seien. Auf Grund der engen und detaillierten Vorgaben bei der Leistungsposition Baustelle gäbe es auch keine günstigen Marktgelegenheiten für die Bieter, die an die Auftraggeberin weiter gegeben werden könnten. Eine günstige Marktgelegenheit läge nur dann vor, wenn die Ausgestaltung des Verkehrsleitsystems (samt Stelen) den Bietern Möglichkeiten zum Einsatz von bereits vorhandener Beschilderung ermöglicht hätte (Synergieeffekt). In einem solchen Fall wäre es auch betriebswirtschaftlich nachvollziehbar, wenn ein bereits bei einem Vorprojekt verwendetes Verkehrsleitsystem, welches im Vorprojekt kostendeckend eingesetzt worden sei, nunmehr bei einem Folgeprojekt zu einem günstigen Preis angeboten werde.

Die Unangemessenheit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergebe sich auch aus der Betrachtung der Preisanteile für Löhne und Gehälter. Darüber hinaus seien für die Abwicklung des ausgeschriebenen Bauauftrages Führungskräfte, Projektleiter, Bauleiter, Poliere, Techniker, Baukaufmänner, Vorarbeiter, Facharbeiter und Hilfsarbeiter

notwendig. Die nach den Preisen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verfügbaren 4-5 Mann seien keineswegs ausreichend, um die ausgeschriebenen Leistungen in der vorgegebenen Zeit zu erbringen.

Der Bruttomittellohn unter Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Vorgaben und der angeführten baurechtlichen Rahmenbedingungen betrage Euro 27,15 exkl. USt zuzüglich Zuschläge. Die Antragstellerin habe diesen Bruttomittellohn bei der Kalkulation ihres Angebotes berücksichtigt und habe betriebswirtschaftlich begründete Herstellkosten gemäß ÖNORM B 2063 angeboten. Die vorliegende Ausschreibungsunterlage sehe einen so genannten Einheitspreisvertrag vor, sodass in die jeweiligen Positionspreise Lohn- sowie Materialkosten anteilig einfließen würden. Auf Grund der wesentlichen Preisunterschiede des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Verhältnis zum knapp kalkulierten Angebot der Antragstellerin sei davon auszugehen, dass die Lohnanteile des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den hier objektiv anzusetzenden Bruttomittellohn nicht enthalten. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass auch in den Regiepositionen ein Unterpreis vorliege, da der Einheitspreis unter dem Bruttomittelohnpreis von Euro 27,15 liege, der unter Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Vorgaben und der dargestellten baurechtlichen Rahmenbedingungen gerechtfertigt sei.

Die Antragstellerin habe den verpflichtenden Regelungen des § 64 Abs. 2 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) insofern Rechnung getragen, als je 6 Stunden Betonbau und je 15 Stunden Bewehrungsarbeiten, eine Stunde Hebezeug sowie für Erdarbeiten ein Hebezeug einkalkuliert worden seien. Die Antragstellerin habe den verpflichtenden Regelungen des Paragraph 64, Absatz 2, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) insofern Rechnung getragen, als je 6 Stunden Betonbau und je 15 Stunden Bewehrungsarbeiten, eine Stunde Hebezeug sowie für Erdarbeiten ein Hebezeug einkalkuliert worden seien.

Zu den Baustellengemeinkosten führte die Antragstellerin aus, sie habe die zeitgebundenen Kosten der Baustelle, Kosten für Gehälter, Reinigung, Bewachung, PKW, Pachtzins, Gebühren, Versicherungsprämien, Beheizung, Beleuchtung, Kosten des Betriebes besonderer Anlagen, Bereitstellung der Baustelleneinrichtung etc. sehr knapp kalkuliert. Die Antragstellerin verweise in diesem Zusammenhang auf das K-7 Blatt zu den LV-Positionen 01020101A. Weiters seien für die Baustellensicherung von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Kosten in betriebswirtschaftlicher Höhe kalkuliert worden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot diese notwendigen Leistungen nicht in den angebotenen Preis der Baustellengemeinkosten eingerechnet habe. Die Antragstellerin gehe auch davon aus, dass durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin die so genannten Wintererschwerisse samt Schneeräumung nicht in die Einheitspreise eingerechnet worden seien. Für den Fall, dass die Wintererschwerisse in anderen Leistungspositionen ausgepreist worden seien, handle es sich um eine unzulässige Preisverschiebung. Die Antragstellerin vermute auch, dass die eklatante Preisdifferenz durch Minuspreise im gesamten Leistungsverzeichnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, insbesondere im Leistungsbereich Stillliegezeiten, Entsorgung von Bodenaushubleistungen etc. begründet sei. Ebenso gehe die Antragstellerin davon aus, dass auch die LV-Position 119801010 Bauarbeitermischpreis, sowie die LV-Position 119803010 Baustofflieferungen und die LV-Position 119803020 Fremdleistungen unangemessen niedrig durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin kalkuliert worden seien.

Zur Frage der Bewehrungsarbeiten gehe die Antragstellerin davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine Differenzierung der Bewehrungspreise vorgenommen habe und daher das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in diesen Positionen unterpreisig sei. Weiters erschienen auch unzulässige Preisverschiebungen beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorzuliegen. Aus der LV-Position 00 00D3220 "WE einrechnen; auch Schneeräumung" gehe hervor, dass die Schneeräumung für fünf Winter in der Leistungsposition Baustellengemeinkosten einzurechnen bzw. auszurechnen sei. Aus der Überschrift der Position gehe hervor, dass gerade jene zusätzlichen Baustellengemeinkosten erfasst werden sollten, die spezifisch im Winterbaubetrieb bzw. mit dem Winter im Zusammenhang stünden oder durch diesen verursacht würden. In diesem Zusammenhang ergebe sich für Betonarbeiten, dass die dafür notwendigen Einrichtungen bzw. Anlagen fix auf der Baustelle auf Baudauer vorgehalten würden. Diese Anlagen bzw. Anlagenteile benötigten gerade im Winter entsprechenden kostenrelevanten Frost- und Witterungsschutz. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot diese Wintererschwerisse nicht in der dafür vorgesehenen LV-Position Baustelleneinrichtung ausgewiesen habe und darüber hinaus eine unzulässige Preisverschiebung in andere LV-Positionen stattgefunden habe.

Darüber hinaus seien die Kosten der Bauleitung und kaufmännischen und rechtlichen Betreuung der Baustellen

gemäß der anerkannten Lehre und dem Meinungsstand in der Wissenschaft, als Fixkosten des operativen Bereiches in die zeitgebundenen Baustellengemeinkosten einzukalkulieren. Bei der Kalkulation seien auch die einschlägigen Bestimmungen der ÖNORM anzuwenden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass im Zusammenhang mit den Kosten für die Bauleitung diese im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht in die Baustellengemeinkosten eingerechnet worden seien und diese Position unterpreisig angeboten worden sei. Es erscheine auch hier eine Umlagerung von Kosten aus den Baustellengemeinkosten in andere Leistungspositionen stattgefunden zu haben. Dabei handle es sich um eine spekulative Angebotserstellung und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuschneiden.

Die Auftraggeberin habe in den LV-Positionen der Untergruppe 052105 Düsenstrahlverfahren und in den LV-Positionen der Untergruppe 062105 Düsenstrahlverfahren Sondergründungen ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe diese Leistungen knapp kalkuliert und mit einem angemessenen Preis angeboten. Die Antragstellerin habe jedoch Grund zu der Annahme, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in diesen LV-Positionen überpreisig angeboten habe, um die Unterpreisigkeit in anderen Angebotspositionen auszugleichen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in diesem Zusammenhang offensichtlich auch damit spekuliert, dass derartige Gründungen vermehrt z.B. durch Zusatzbeauftragungen zum Einsatz kämen.

Auf Grund der Ausschreibungsunterlage gehe die Antragstellerin auch davon aus, dass eine hohe Anzahl von Mitarbeitern für die zu erbringenden Kabelarbeiten, Bewehrung, Betonarbeiten und Erdarbeiten erforderlich seien. Die Antragstellerin habe keine Kenntnis von allfälligen zulässigen Subunternehmern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Diese verfüge daher nicht über das entsprechend qualifizierte Personal in ausreichender Menge. Dies ergebe sich insbesondere auch aus dem Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Salzburg und Umgebung über keinerlei Baustellen etc. verfüge. Aus all den vorgenannten Gründen sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin auszuschneiden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, die Untersagung der Zuschlagserteilung sei erforderlich, weil die Auftraggeberin mit der Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffe, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Im gegenständlichen Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im vorliegenden Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem die allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Im Falle der Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber drohe der Antragstellerin der Entgang des Auftrages, sohin der Entgang von Gewinn bzw. die Frustration der Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen und Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren. Zudem entginge der Antragstellerin durch den Fortbestand der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Die Auftraggeberin brachte in ihrer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, das gegenständliche Projekt stehe unter großem Termindruck. Es sei ein umfangreicher detaillierter Bauablauf mit über 100 Einzelphasen festgelegt und mit der Abwicklung des Bahn- und Kundenbetriebes abgestimmt worden. Die Bauarbeiten orientierten sich wesentlich am Fahrplanwechsel im Dezember 2009. Durch die Behinderungen infolge der Baumaßnahmen würden die Möglichkeiten in der Fahrplangestaltung eingeschränkt. Eine Verzögerung des Baubeginns würde die Fahrplangestaltung negativ beeinflussen. Die Bauarbeiten des Projektes "Tiefbau 1" seien im Februar 2009 begonnen worden. Im Jahr 2010 sei geplant, die Arbeiten der Projekte "Tiefbau 1" und "Tiefbau 2" in gemeinsamen Gleissperren abzuwickeln. Diese Synergien könnten bei Verzögerungen des Baubeginnes des Projektes "Tiefbau 2" nicht genutzt werden. Zusätzlich notwendige Gleissperren hätten jedoch wiederum negative Auswirkungen auf die Fahrplangestaltung. Aufgrund der aufeinander abgestimmten Gleissperren, die im Zuge der Baubetriebsplanung 2009 bis 2014 festgelegt worden seien, hätte eine Bauverzögerung außerdem massive Verzögerungen bei der Umsetzung der Baubetriebsplanung zur Folge.

Von einer Verzögerung des gegenständlichen Projektes wäre auch die deutsche Bahn AG betroffen, da parallel zum gegenständlichen Bauprojekt der Abschnitt Freilassing bis Staatsgrenze umgesetzt werden solle. Darüberhinaus ergäben sich aus einer Verzögerung des Projektes erhebliche betriebliche Störungen, die zu Mehrkosten führen würden, die wiederum von der Allgemeinheit zu tragen wären. Diese Mehrkosten würden den von der Antragstellerin dargelegten Schaden überwiegen. Die Auftraggeberin beantrage daher, den gegenständlichen Antrag zurück,- in eventu abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Bei der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Da die ÖBB-Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Bei der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Da die ÖBB-Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Das vorliegende Vergabeverfahren ist bei einem geschätzten Auftragswert von rd. Euro 57,1 Mio dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der im Rahmen eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin ergibt, wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Von einem im § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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 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 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 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. 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste

noch zum Ziel führende vorläufige 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass sich die Bauarbeiten wesentlich am Fahrplanwechsel im Dezember 2009 orientierten und durch die Behinderungen infolge der Baumaßnahmen die Möglichkeiten in der Fahrplangestaltung eingeschränkt würden sowie insgesamt die in der Baubetriebsplanung 2009 bis 2014 getroffenen Abstimmungen des vorliegenden Bauprojektes infolge einer durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bedingten Verzögerung gefährdet wären, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass sich die Bauarbeiten wesentlich am Fahrplanwechsel im Dezember 2009 orientierten und durch die Behinderungen infolge der Baumaßnahmen die Möglichkeiten in der Fahrplangestaltung eingeschränkt würden sowie insgesamt die in der Baubetriebsplanung 2009 bis 2014 getroffenen Abstimmungen des vorliegenden Bauprojektes infolge einer durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bedingten Verzögerung gefährdet wären, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes durchaus zumutbar.

Was die von der Auftraggeberin angeführten, durch die Verzögerung des Projektes verursachten Mehrkosten betrifft, liegt es in der Natur der Sache, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann. Als Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren regelmäßig verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium ausschalten (so etwa BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; BVA 12.10.2004, 04N- 96/04-16 uva.).

Weiters ist auch auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in

einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

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