

TE Verg Bescheid 2009/3/16 N/0014-BVA/04/2009-EV7

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.03.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884", der Auftraggeber Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884", der Auftraggeber

1. 1. Ziffer eins
ÖBB-Traktion Gesellschaft mbH, Langauergasse 1, 1150 Wien, 2. ÖBB-Personenverkehr Aktiengesellschaft, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien, vertreten durch die ÖBB-Dienstleistungs GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, diese vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9.3.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge, das Bundesvergabeamt möge

1. 1.Ziffer eins

"das gesamte gegenständliche Vergabeverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens, in eventuelle für die Dauer von zwei Monaten, aussetzen", bzw

2. 2.Ziffer 2

"die Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagen, in eventuelle den Auftraggeberinnen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens,"

3. 3.Ziffer 3

"in eventuelle für die Dauer von zwei Monaten, die Einleitung der zweiten Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens und die Einladung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten bzw ermittelten Bewerber untersagen", werden abgewiesen.

Dem in eventuelle gestellten Antrag, "die bekämpfte Nicht-Zulassungsentscheidung (Beilage ./H) auszusetzen" wird insoweit stattgegeben, als die Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009, die A*** nicht zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L-435432-884" zuzulassen, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wird.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung des Vergabeverfahrens "Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2, Bekanntmachung Sektoren L- 435432-884" wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S 250-334732 am 24.12.2008 veröffentlicht. Der als Lieferauftrag qualifizierte Auftrag sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der Beginn der Vertragslaufzeit wurde mit 1.5.2009 und dessen Ende mit 13.12.2015 festgesetzt. Nach einer Berichtigung waren Teilnahmeanträge bis zum 26.1.2009 einzubringen.

Alternativangebote waren ausgeschlossen.

Unter Punkt III.2.3 (Technische Leistungsfähigkeit) wurde in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt: Unter Punkt römisch drei.2.3 (Technische Leistungsfähigkeit) wurde in den Teilnahmeantragsunterlagen Nachfolgendes ausgeführt:

".....

4. Nachweis über die Lieferung von 50 Stück

Fahrzeugausrüstungen, aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens 1 Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stehen."

Die A*** (in der Folge Antragsteller) legte neben anderen Bewerbern einen Teilnahmeantrag mit vier "Formblättern 4". Mit Telefax vom 30.1.2009 wurde der Antragsteller unter Setzung einer Frist zur Nachreichung von Unterlagen aufgefordert.

Insbesondere wurde darin Folgendes ausgeführt:

".....

Weiters wird zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit um eine firmenmäßig gefertigte Bestätigung der in Formblatt 4 referenzierten Auftraggeber zu der Richtigkeit der Angaben insbesondere bzgl. der Dauer des kommerziellen Betriebes sowie der Rolle des Bewerbers ersucht.

....."

Im Schreiben vom 3.2.2009 führte der Antragsteller Folgendes

aus:

"....."

2. Hinsichtlich der Referenzen ist eine firmenmäßig gefertigte

Bestätigung (a) seitens der Bieterin oder (b) der jeweiligen

Referenzauftraggeber erforderlich? Sollten Bestätigungen der

Referenzauftraggeber erforderlich sein, wird um Fristerstreckung

um eine Woche ersucht, um die geforderten Bestätigungen einholen

zu können.

....."

Die Fristerstreckung für die Übermittlung der im Schreiben vom 30.1.2009 geforderten ergänzenden Unterlagen wurde von den Auftraggebern gewährt. Die Nachweise waren demgemäß bis zum 17.2.2009 zu übermitteln, wobei von den Auftraggebern darauf hingewiesen wurde, dass der Bewerber für das fristgerechte Einreichen der Unterlagen verantwortlich sei. Das nicht fristgerechte Einreichen habe den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge.

Der Antragsteller reichte Unterlagen nach. Aus der ersten vorgelegten beglaubigten Übersetzung aus der spanischen Sprache vom 5.2.2009 ergab sich, dass die spanische B*** (in der Folge B***) bestätigte, dass die Züge des Typs ATPRD mehr als 2 Millionen km mit Fahrgästen zurückgelegt hätten, davon 1,5 Millionen unter der Kontrolle des ERTMS Bordsystems von Ansaldo STS. Das System, das die "ERMTS-Stufen" 0,1,2 ausführe, sei in die 29 AVR-Züge (Serie S-121) eingebaut, wobei die ersten davon (derzeit 6) am vergangenen 26. Jänner in kommerziellen Betrieb gegangen seien. Weitere 16 AVGL Einheiten würden ebenso ausgerüstet werden, wobei diese im Laufe dieses Jahres ihren kommerziellen Betrieb aufnehmen würden. Aus der zweiten vorgelegten, beglaubigten Übersetzung aus der italienischen Sprache der C*** (in der Folge C***) vom 6.2.2009 ging hervor, dass vom Dezember 2004 bis zum Juli 2006 auf den ETR500 Zügen Nr. 52 Bordrechner "ERTMS Level 2" installiert worden seien. Die Bordrechner würden sowohl über die Funktionsfähigkeit "ERTMS Level 2" als auch über die innerstaatlichen Funktionsfähigkeit SCMT verfügen. Die italienischen Hochgeschwindigkeitsstrecken, auf denen diese Bordrechner arbeiten würden, seien auf den Strecken Rom-Neapel seit Dezember 2005, Turin-Novara seit Februar 2006 und Mailand-Bologna seit Dezember 2008 in Betrieb.

Mit Telefaxmitteilung vom 23.2.2009 gaben die Auftraggeber dem Antragsteller die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens bekannt. Begründend hiefür wurde ausgeführt, dass die nachgereichten Nachweise für die Richtigkeit der Angaben im "Formblatt 4" nicht ausreichend seien. Aus diesen ergebe sich nicht, dass die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen aufgeteilt auf wenigstens 2 verschiedene Fahrzeugbaureihen, die seit mindestens einem Jahr in kommerziellen fahrplanmäßigen ETCS Level 2 Betrieb stünden, erbracht worden sei.

Mit Schriftsatz vom 9.3.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Nachprüfungseintrag eingebracht, mit dem die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009, den Antragsteller nicht zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, begehrt wurde. Weiters wurden der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Mit Schriftsatz vom 9.3.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Nachprüfungseintrag eingebracht, mit dem die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Auftraggeber vom 23.2.2009, den Antragsteller nicht zur Teilnahme an der 2. Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen, begehrt wurde. Weiters wurden der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antragsteller - entgegen der Ansichten der Auftraggeber - den Mängelbehebungsauftrag ordnungsgemäß erfüllt habe. Aus dem Mängelbehebungsauftrag ergebe sich nämlich nicht, dass der Antragsteller zur besagten Lieferung inhaltlich zusätzliche Informationen nachzureichen habe. Vielmehr seien lediglich firmenmäßig gefertigte Bestätigungen der gegenständlichen Referenzauftraggeber gefordert gewesen.

Nach der Judikatur könne nur die Nichterfüllung eines klar formulierten Verbesserungsauftrages das Ausscheiden eines Angebotes zur Folge haben. In der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation sei die Nichtzulassung zum Verhandlungsverfahren jedoch nicht durch das vorhergehende Mängelbehebungsschreiben der Auftraggeber gedeckt. Die von den Auftraggebern herangezogene Begründung für den Ausschluss, dass die vom Antragsteller vorgelegten Nachweise nicht ausreichend und weitere Nachweise erforderlich seien, sei jedenfalls auf fehlende präzise Angaben im Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 30.1.2009 zurückzuführen. Der Aufforderung zur Vorlage weiterer Nachweise hätte der Antragsteller entsprochen. Die Entscheidung der Auftraggeber, den Antragsteller nicht zur zweiten Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens zuzulassen, sei daher mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Als weltweit agierendes und auf die ausgeschriebene Leistung spezialisiertes Unternehmen habe der Antragsteller ein Interesse am Erhalt des ausgeschriebenen Auftrages. Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeber würde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, am Verhandlungsverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten. Der daraus resultierende, drohende Schaden setze sich aus dem entgangenen Gewinn und den voraussichtlich nicht kompensierbaren Auslastungsdefiziten zusammen. Der Verlust eines extrem wichtigen Referenzprojektes in diesem Bereich würde sich auch auf zukünftige Vergabeverfahren negativ auswirken.

Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtkonformen, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens - insbesondere in seinem Recht auf Zulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren und auf Einladung zur Angebotsabgabe - verletzt. Außerdem seien das Recht auf Gleichbehandlung und das Recht, durch die Auftraggeber nicht durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung beeinträchtigt zu werden, verletzt. Durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeber werde der Antragsteller von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen und könnten die Auftraggeber noch vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren beenden, sodass der Rechtsschutz des Antragstellers faktisch ins Leere gehen würde. Weitere Entscheidungen der Auftraggeber wie beispielsweise die Zuschlagsentscheidung könnten nicht mehr bekämpft werden, wodurch der Antragsteller einen nichtaufzuholenden Wettbewerbsnachteil erleide. Die weitere Fortführung des Vergabeverfahrens sei daher vorläufig zu untersagen. Zumindest sei die Wirkung der Nichtzulassung vorläufig auszusetzen, damit der Antragsteller ohne Präjudizierung seiner Wettbewerbsposition am weiteren Verfahren teilnehmen könne.

Mit einer bloß faktischen Beteiligung des Antragstellers am weiteren Vergabeverfahren alleine sei der effektive Rechtsschutz für den Antragsteller nicht sichergestellt. Ohne rechtlich verbindliche Geltung der beantragten einstweiligen Maßnahmen könnte ein faktisches Entgegenkommen jederzeit beendet werden. Ein der beantragten einstweiligen Verfügung entgegenstehendes Interesse, das das Interesse des Antragstellers überwiegen würde, bestehe nicht. Dazu werde auf den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes und auf das Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter verwiesen. Außerdem hätten die Auftraggeber weder Gründe für eine besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe bekanntgegeben noch seien solche Gründe erkennbar. Ein mögliches Nachprüfungsverfahren sei zudem bei einer Ausschreibung einzuplanen. Ohne eine einstweilige Verfügung und somit der Möglichkeit für die Auftraggeber, das Vergabeverfahren fortzusetzen, werde dem Antragsteller die Möglichkeit genommen, am weiteren Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten.

Mit Schriftsatz vom 12.3.2009 teilte der Auftraggeber mit, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handle. Für den als Lieferauftrag zu qualifizierenden Auftragsgegenstand, der im Verhandlungsverfahren vergeben werden solle, sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Zum jetzigen Zeitpunkt befinde sich das Vergabeverfahren im Stadium der Eignungsprüfung jener Bewerber, die Nachweise noch nicht ausreichende erbracht hätten. Außerdem seien bereits die Ausschreibungsunterlagen an sämtliche Bewerber übermittelt worden.

Der Teilnahmeantrag des Antragstellers habe zum Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit vier ausgefüllte "Formblätter 4" mit vier Referenzprojekten und insgesamt 117 Fahrzeugen umfasst. Den Auftraggebern, die einen entsprechenden Einblick in die Marktverhältnissen der ausgeschriebenen Fahrzeugausrüstungen hätten, hätten die Angaben des Antragstellers in Zweifel gezogen, zumal im Rahmen eines Kongresses im Juli 2008 in Erfahrung gebracht worden sei, dass in Spanien zu diesem Zeitpunkt keine Strecke mit ETCS Level 2 in kommerziellem Betrieb gestanden sei. Aufgrund dieses Zweifels bzw. dieser Unklarheiten bei den Angaben des Antragstellers sei dieser mit Schreiben vom 27.1.2009 zur Vorlage von Nachweisen aufgefordert worden, um die Angaben in den "Formblättern 4" des Teilnahmeantrages zu belegen bzw. zu erläutern. Hiezu verwiesen die Auftraggeber auf die Bestimmungen in § 231

Abs 1 und 3 BVergG. Vom Antragsteller seien in der Folge zwei Bestätigungen zu den angegebenen Referenzprojekten vorgelegt worden. Eine stamme von der spanischen B***, einer Tochtergesellschaft von der im Teilnahmeantrag genannten D*** (D***), und die andere von der italienischen C***. Der Teilnahmeantrag des Antragstellers habe zum Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit vier ausgefüllte "Formblätter 4" mit vier Referenzprojekten und insgesamt 117 Fahrzeugen umfasst. Den Auftraggebern, die einen entsprechenden Einblick in die Marktverhältnissen der ausgeschriebenen Fahrzeugausrüstungen hätten, hätten die Angaben des Antragstellers in Zweifel gezogen, zumal im Rahmen eines Kongresses im Juli 2008 in Erfahrung gebracht worden sei, dass in Spanien zu diesem Zeitpunkt keine Strecke mit ETCS Level 2 in kommerziellem Betrieb gestanden sei. Aufgrund dieses Zweifels bzw. dieser Unklarheiten bei den Angaben des Antragstellers sei dieser mit Schreiben vom 27.1.2009 zur Vorlage von Nachweisen aufgefordert worden, um die Angaben in den "Formblättern 4" des Teilnahmeantrages zu belegen bzw. zu erläutern. Hiezu verwiesen die Auftraggeber auf die Bestimmungen in Paragraph 231, Absatz eins und 3 BVergG. Vom Antragsteller seien in der Folge zwei Bestätigungen zu den angegebenen Referenzprojekten vorgelegt worden. Eine stamme von der spanischen B***, einer Tochtergesellschaft von der im Teilnahmeantrag genannten D*** (D***), und die andere von der italienischen C***.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers hätte diesem - unter Berücksichtigung des nach der Judikatur anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab eines durchschnittlichen und fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt - klar sein müssen, welche Nachweise seine Bestätigungsschreiben enthalten müsse. Die Aufforderung der Auftraggeber beziehe sich unzweifelhaft auf die Vorgaben zur technischen Leistungsfähigkeit. Die Voraussetzung des kommerziellen Betriebes sei im Aufforderungsschreiben der Auftraggeber explizit angesprochen worden. Dass der Antragsteller im Übrigen das Aufforderungsschreiben der Auftraggeber vom 27.1.2009 auch in diesem Sinne verstanden habe, gehe aus seinen Bestätigungen der B*** und der C*** hervor. Immerhin werde darin am Rande auf die Aufforderung zur technischen Leistungsfähigkeit eingegangen. Zudem habe der Antragsteller auch eine Nachfrage dahingehend unterlassen, welche Nachweise von den Bestätigungsschreiben umfasst sein sollten.

Die Bestimmung zur technischen Leistungsfähigkeit in Punkt III.2.3. der Teilnahmeunterlagen umfasse vier Voraussetzungen. Dazu zähle der Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen ETCS Level 2. Diese müssten auf mindestens zwei verschiedenen Fahrzeugbaureihen aufgeteilt sein. Außerdem müssten sich die nachgewiesenen 50 Stück Fahrzeugausrüstungen in Fahrzeugen befinden, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb stünden. Dieser müsse außerdem den ETCS Level 2 betreffen. Die Erfüllung der einzelnen Voraussetzungen sei mit dem vom Antragsteller nachgereichten Nachweisen nicht nachgewiesen. Die Bestimmung zur technischen Leistungsfähigkeit in Punkt römisch drei.2.3. der Teilnahmeunterlagen umfasse vier Voraussetzungen. Dazu zähle der Nachweis über die Lieferung von 50 Stück Fahrzeugausrüstungen ETCS Level 2. Diese müssten auf mindestens zwei verschiedenen Fahrzeugbaureihen aufgeteilt sein. Außerdem müssten sich die nachgewiesenen 50 Stück Fahrzeugausrüstungen in Fahrzeugen befinden, die seit mindestens einem Jahr im kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb stünden. Dieser müsse außerdem den ETCS Level 2 betreffen. Die Erfüllung der einzelnen Voraussetzungen sei mit dem vom Antragsteller nachgereichten Nachweisen nicht nachgewiesen.

Die spanische B*** habe lediglich angegeben, 12 Züge des Typs ATPRD (Serie S-120) zu warten. In diesen Zügen werde ERMTS kommerziell genutzt. Weitere 29 AVR-Züge (Serie S-121) wären mit diesem System ausgestattet, wobei von diesen Zügen seit 26.1.2008 sechs Stück in kommerziellen Betrieb gegangen seien. Nach Ansicht der Auftraggeber seien jedoch die 29 AVR-Züge im Teilnahmeantrag nicht genannt, sodass sich der Antragsteller unzulässigerweise einen Wettbewerbsvorteil verschaffe. Damit habe der Antragsteller zwar die Lieferung der im "Formblatt 4" angegebenen 12 Fahrzeugausrüstungen ETCS Level 2 nachgewiesen. Da im Schreiben der italienischen C*** die Ausrüstung von 52 Zügen ETR500 mit den Boardrechner ERTMS Level 2 angegeben sei, habe der Antragsteller zwar im Ergebnis mit seinen Schreiben die Lieferung von insgesamt 64 Fahrzeugausrüstungen von zwei verschiedenen Fahrzeugbaureihen nachgewiesen. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Angaben der italienischen C*** zum Betrieb streckenbezogen und nicht fahrzeugbezogen seien, sodass kein Nachweis zum kommerziellen fahrplanmäßigen Betrieb der angegebenen Fahrzeugausrüstung ETCS Level 2 erbracht worden sei. Im Ergebnis liege daher nur eine (nicht ausreichende) Bestätigung dafür vor, dass 12 Fahrzeuge seit einem Jahr im kommerziellen Betrieb seien.

Darüber hinaus würden im Schreiben der spanischen B*** die Angaben, ob der kommerzielle fahrplanmäßige Betrieb der Züge mit ETCS Level 1 oder ETCS Level 2 stattfinde, fehlen. Die Fahrzeuge könnten damit zwar mit ETCS Level 2

ausgestattet sein, sich aber nicht im kommerziellen Betrieb befinden, da die korrespondierende Streckenausrüstung für ETCS Level 2 fehle. Auch das Schreiben der italienischen C*** enthalte keine Angaben, ob die angegebenen Fahrzeuge mit ETCS Level 2 in Betrieb seien.

Im Ergebnis weise der Antragsteller damit lediglich eine von vier Voraussetzungen Voraussetzung nach. Für alle übrigen Voraussetzungen fehle der Nachweis. Hinzu komme, dass die Bestätigungsschreiben nicht von den im "Formblatt 4" des Antragstellers angegebenen Auftraggebern stammen würden. Sowohl die italienische C*** als auch die spanische B*** stünden in einem Konzernverhältnis zu den im Formblatt angegebenen Auftraggebern.

Es sei nicht Aufgabe der Auftraggeber, sich von einem Indiz zum nächsten Indiz "durchzuhanteln", bis schlussendlich die geforderten Informationen von den Bewerbern geliefert werden würden. Vielmehr hätten die Bewerber eine Mitwirkungspflicht, die vom Antragsteller im gegenständlichen Vergabeverfahren jedoch nicht wahrgenommen worden sei, sodass dieser zu Recht nicht zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen gewesen sei.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers bestehe sowohl ein besonderes öffentliches Interesse als auch ein erhebliches Interesse der Auftraggeber und der sonstigen Bewerber an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Das öffentliche Interesse sei auf europarechtliche Vorgaben zurückzuführen, wonach Neubaustrecken mit Ablauf des Jahres 2012 nur noch mit ETCS zu betreiben seien, um die bisher bestehenden Barrieren im intereuropäischen Gleisverkehr zu beseitigen. Im Hinblick auf die zeitlichen europarechtlichen Vorgaben stünden die Auftraggeber unter großem Druck. Einer raschen Durchführung stehe die extreme technische Komplexität entgegen. Insbesondere das Gebot, die europarechtlichen Vorgaben zu erfüllen, liege im Interesse der Auftraggeber und spreche für die Fortführung des Vergabeverfahrens. Im Hinblick auf die Weltwirtschaftskrise hätten auch die übrigen Bewerber ein Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, dem insbesondere im Hinblick auf die Größenordnung enorme Bedeutung zukomme. Dazu werde auf die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.12.2008 verwiesen, die den Ausnahmecharakter der aktuellen Wirtschaftslage hervorhebe, eine rasche Durchführung umfangreicher öffentlicher Aufgaben für notwendig erachte und die Dringlichkeit als Rechtfertigung für beschleunigte Verfahren erachte.

Dem gegenüber stünde das einzig erkennbare Interesse des Antragstellers, bei Rechtswidrigkeit der Nichtzulassungsentscheidung einen nicht mehr aufzuholenden Wettbewerbsnachteil zu erleiden bzw. eine Zuschlagserteilung zu Gunsten eines anderen Bieters vor Ende des Nachprüfungsverfahrens hinnehmen zu müssen. Eine Zuschlagsentscheidung sei aber erst mit Ende August geplant und werde definitiv nicht früher sondern eher später möglich sein. Es sei daher davon auszugehen, dass das Bundesvergabeamt bis zu diesem Zeitpunkt bereits längst über den Nachprüfungsantrag entschieden habe.

Die Interessensabwägung müsse daher zum Ergebnis kommen, dass aufgrund der gewichtigeren besonderen öffentlichen Interessen, der Interessen der Auftraggeber sowie der sonstigen Bieter der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. die Eventualbegehren zurück- bzw. abzuweisen seien. Selbst wenn das Bundesvergabeamt entgegen dieser Rechtsansicht vom Überwiegen der Interessen des Antragstellers ausgehe, sei jedenfalls in der Aussetzung der Nicht- Zulassungsentscheidung die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu erblicken.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung;römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Bei der ÖBB-Personenverkehr AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. Gemäß § 8 Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idgF (in der Folge BG), sind die Aktien der ÖBB-Personenverkehr AG zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere stehen zu 100 % im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (vgl § 2 BG).Bei der ÖBB-Personenverkehr AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. Gemäß Paragraph 8, Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, idgF (in der Folge BG), sind die Aktien der ÖBB-Personenverkehr AG zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere stehen zu 100 % im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt vergleiche Paragraph 2, BG).

Ebenso handelt es sich bei der ÖBB-Traktion Gesellschaft mbH um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. An ihr sind die ÖBB-Personenverkehr AG und die Rail Cargo Austria AG beherrschend beteiligt (vgl § 13 BG), wobei die Aktien beider Gesellschaften ebenfalls zu 100% im Eigentum des Bundes stehenden ÖBB-Holding AG gehalten werden (vgl §§ 2, 8, 12 BG). Ebenso handelt es sich bei der ÖBB-Traktion Gesellschaft mbH um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. An ihr sind die ÖBB-Personenverkehr AG und die Rail Cargo Austria AG beherrschend beteiligt (vergleiche Paragraph 13, BG), wobei die Aktien beider Gesellschaften ebenfalls zu 100% im Eigentum des Bundes stehenden ÖBB-Holding AG gehalten werden (vergleiche Paragraphen 2, 8, 12, BG).

Der Tätigkeitsbereich der ÖBB-Personenverkehr AG wird in § 6 leg cit mit der Beförderung von Personen einschließlich der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen, sowie der Herstellung und des Betriebes aller hierzu notwendigen Einrichtungen und der Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte (zB der Erwerb von Beteiligungen) sowie vor allem des Führens eines öffentlichen Personenverkehrs auf Grund von Tarifen und Fahrplänen umschrieben. Die ÖBB-Traktion GmbH ist gemäß § 14 leg cit für die Erbringung von Traktions- und Serviceleistungen für und im Zusammenhang mit anderen Eisenbahnunternehmen zuständig. Auf Grund der beschriebenen Tätigkeitsbereiche beider Gesellschaften handelt es bei beiden Gesellschaften um im Sektorenbereich tätige Auftraggeber (§ 169 BVergG). Der Tätigkeitsbereich der ÖBB-Personenverkehr AG wird in Paragraph 6, leg cit mit der Beförderung von Personen einschließlich der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen, sowie der Herstellung und des Betriebes aller hierzu notwendigen Einrichtungen und der Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte (zB der Erwerb von Beteiligungen) sowie vor allem des Führens eines öffentlichen Personenverkehrs auf Grund von Tarifen und Fahrplänen umschrieben. Die ÖBB-Traktion GmbH ist gemäß Paragraph 14, leg cit für die Erbringung von Traktions- und Serviceleistungen für und im Zusammenhang mit anderen Eisenbahnunternehmen zuständig. Auf Grund der beschriebenen Tätigkeitsbereiche beider Gesellschaften handelt es bei beiden Gesellschaften um im Sektorenbereich tätige Auftraggeber (Paragraph 169, BVergG).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Da die Auftraggeber die Fortführung des Vergabeverfahrens planen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller zum weiteren Verhandlungsverfahren zuzulassen ist, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren und 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 spätere Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Laut Stellungnahme der Auftraggeber wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der gegenständliche Antrag ist als Lieferauftrag iSv § 5 iVm § 174 BVergG zu qualifizieren. Auf Grund des geschätzten Auftragswerts ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen. Der gegenständliche Antrag ist als Lieferauftrag iSv Paragraph 5, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG zu qualifizieren. Auf Grund des geschätzten Auftragswerts ist von einem Auftrag im Oberschwellenbereich auszugehen.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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.

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 auf 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 auf 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.

Gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung bringen die Auftraggeber gestützt auf die verpflichtende europarechtliche Vorgabe, Neubaustrecken bis zum Ablauf des Jahres 2012 nur noch mit ETCS zu betreiben, sowohl öffentliche Interessen als auch Interessen der Auftraggeber vor. Im Hinblick auf diese Vorgaben stünden die Auftraggeber bei der Umsetzung auf Grund des technisch extrem komplexen Vorhabens unter großem zeitlichen Druck.

Im Hinblick auf dieses Vorbringen der Auftraggeber ist auf den noch offenen, mehr als zweieinhalb jährigen Umsetzungszeitraum zu verweisen. Der Hinweis der Auftraggeber auf die technische Komplexität alleine vermag nicht zu überzeugen. Es handelt sich dabei um eine pauschale Darlegung, ohne dass auch nur der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd § 329 Abs 1 BVergG sein (vgl. BVA 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.). Im Hinblick auf dieses Vorbringen der Auftraggeber ist auf den noch offenen, mehr als zweieinhalb jährigen Umsetzungszeitraum zu verweisen. Der Hinweis der Auftraggeber auf die technische Komplexität alleine vermag nicht zu überzeugen. Es handelt sich dabei um eine pauschale Darlegung, ohne dass auch nur der Versuch unternommen worden wäre, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann somit nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sein vergleiche BVA 6.6.2008, N/0056-BVA/04/2008-EV7; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.).

Soweit sich die Auftraggeber bei den gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen der sonstigen Bewerber auf die Darlegungen der Europäischen Kommission vom 19.12.2008 stützen, die in der derzeitigen Wirtschaftslage eine Rechtfertigung für den Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren sieht, so ist dem entgegen zu

halten, dass die Auftraggeber auch im Hinblick auf den oben behaupteten zeitlichen Umsetzungsdruck gegenständlich kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt hat.

Zudem besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Zudem besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Zur Abweisung der Anträge auf Aussetzung des gesamten gegenständlichen Vergabeverfahrens bzw auf Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und auf die in eventu begehrte Untersagung der Einleitung der zweiten Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens und der Einladung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten bzw ermittelten Bewerber wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG verwiesen. Danach ist bei einer einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Bei der Aussetzung der bekämpften Nicht-Zulassungsentscheidung vom 23.2.2009 handelt es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Im Gegensatz zu den übrigen Begehren des Antragstellers wird durch die angeordnete vorläufige Maßnahme die Handlungsfähigkeit der Auftraggeber nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es ist daher die Aussetzung der bekämpften Nicht-Zulassungsentscheidung vom 23.2.2009 als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Zur Abweisung der Anträge auf Aussetzung des gesamten gegenständlichen Vergabeverfahrens bzw auf Untersagung der Fortsetzung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und auf die in eventu begehrte Untersagung der Einleitung der zweiten Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens und der Einladung zur Angebotsabgabe an die ausgewählten bzw ermittelten Bewerber wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG verwiesen. Danach ist bei einer einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Bei der Aussetzung der bekämpften Nicht-Zulassungsentscheidung vom 23.2.2009 handelt es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Im Gegensatz zu den übrigen Begehren des Antragstellers wird durch die angeordnete vorläufige Maßnahme die Handlungsfähigkeit der Auftraggeber nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es ist daher die Aussetzung der bekämpften Nicht-Zulassungsentscheidung vom 23.2.2009 als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 erster Satz BVergG ist in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese getroffen wird, zu bestimmen. Da das Eventualbegehren des Antragstellers, die bekämpfte Nicht-Zulassungsentscheidung vom 23.2.2009 auszusetzen, keine zeitliche Befristung enthält, wurde die begehrte einstweilige Verfügung mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristet (vgl BVA 8.10.2008, N/0122-BVA/04/2008-EV18). Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, erster Satz BVergG ist in der einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese getroffen wird, zu bestimmen. Da das Eventualbegehren des Antragstellers, die bekämpfte Nicht-Zulassungsentscheidung vom 23.2.2009 auszusetzen, keine zeitliche Befristung enthält, wurde die begehrte einstweilige Verfügung mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens befristet vergleiche BVA 8.10.2008, N/0122-BVA/04/2008-EV18).

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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