

TE Verg Bescheid 2008/5/9 N/0033-BVA/13/2008-30

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.05.2008

Norm

BVergG 2006 §328

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Verena Becker als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Errichtung Bergbahnhof Hochschneeberg Zimmermeisterarbeiten (313-Errichtung Bergbahnhof am Hochschneeberg)“ des Auftraggebers Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH, Bahnhof Puchberg am Schneeberg, 2734 Puchberg am Schneeberg, vertreten durch die Rechtsanwalts Partnerschaft Doralt Seist Csoklich, Währingerstraße 2-4, 1090 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Der Antrag vom 18. April 2008 "auf Ausspruch durch das Bundesvergabeamt, dass die Auftraggeberin der obsiegenden Antragstellerin die mit der Antragstellung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 3750 (€ 2500 für das Nachprüfungsverfahren und € 1250 für das Provisorialverfahren) bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen hat" wird gemäß § 319 BVergG 2006 idF BGBl. I Nr. 86/2007 abgewiesen. Der Antrag vom 18. April 2008 "auf Ausspruch durch das Bundesvergabeamt, dass die Auftraggeberin der obsiegenden Antragstellerin die mit der Antragstellung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 3750 (€ 2500 für das Nachprüfungsverfahren und € 1250 für das Provisorialverfahren) bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen hat" wird gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, abgewiesen.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 20. März 2008, beim BVA eingelangt am 21. März 2008 stellte die Antragstellerin die Anträge "auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung"

"auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren ("Errichtung Bergbahnhof Hochschneeberg Zimmermeisterarbeiten (313-Errichtung Bergbahnhof

am Hochschneeberg)" die Erteilung des Zuschlages untersagt und der Ablauf der Stillhaltefrist ausgesetzt wird. Diese einstweilige Verfügung wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehrt."

" Auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes"
Auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes"

" auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 316 Abs. 1 BVergG"." auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 316, Absatz eins, BVergG".

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass Auftraggeberin und Antragsgegnerin die Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH sei. An der Auftraggeberin seien die Niederösterreichische VerkehrsorganisationesmbH und die ÖBB-Personenverkehr AG jeweils zu 50 % beteiligt. Die Niederösterreichische VerkehrsorganisationesmbH stehe zu 100% im Eigentum des Landes Niederösterreich. Die Aktien der ÖBB-Personenverkehr AG seien zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere stehe zu 100% im Eigentum der Republik Österreich bzw dem Bund, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukomme. Das Bundesvergabeamt sei in der vorliegenden Konstellation zur Nachprüfung berufen. Demgegenüber sei der UVS Niederösterreich in der Bekanntmachung zu Unrecht als zuständige Vergabekontrollbehörde angeführt worden. Der Auftraggeberin obliege offenkundig der Betrieb der Schneebergbahn. Es sei davon auszugehen, dass die Errichtung des Bergbahnhofes der Ausübung der Sektorentätigkeit diene. Die Auftraggeberin führe ein Vergabeverfahren betreffend die Vergabe einer Bauleistung im Unterschwellenbereich durch. Dieses sei im Niederösterreichischen Landesamtsblatt am 28. Dezember 2007 bekannt gegeben worden. Gegenstand des Verfahrens sei die Errichtung des Bergbahnhofes Hochschneeberg. Als zuständige Stelle für allfällige Nachprüfungsverfahren sei in der Bekanntmachung der UVS Niederösterreich genannt worden.

Die Antragstellerin habe binnen offener Angebotsfrist ein Angebot abgegeben. Die Angebotssumme belaufe sich gesamt auf € 396.017,07. Neben der Antragstellerin hätten weitere Bieter, unter anderem die B*** (in der Folge "B****") Angebote gelegt. Die B*** habe gemäß Angebotsöffnungsprotokoll zusätzlich zum Hauptangebot zwei Alternativangebote abgegeben. Die Gesamtangebotssumme der B*** betrage beim Hauptangebot € 408.621,83, beim Alternativangebot "A1" €

397.820,85 und beim Alternativangebot "A2" € 369.450,40. Die Summe des Angebotes der Antragstellerin sei somit um € 12.604,76 günstiger als die Summe des Hauptangebotes der B***. Mit Schreiben vom 17. März 2008 habe die vergebende Stelle, das Architekturbüro Schwarz, mitgeteilt, dass die B*** mit dem "Alternativangebot 2 (Gesamtangebot) für die Leistung OG 1 Hallenkonstruktion plus OG 2 Zimmererleistungen für Berghaus als Bestbieter ermittelt wurde und daher der Zuschlag zu Gunsten dieses Angebotes erteilt werden soll." Weiters sei mitgeteilt worden, dass die Stillhaltefrist am 31. März 2008 enden würde und die Vergabesumme €

369.450,40 betrage.

Es würden folgende Vergabeverstöße vorliegen:

Rechtswidrige Zuschlagsentscheidung:

Die Begründung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin sei rechtswidrig. Der VfGH habe bereits zu § 53a BVergG 1997 ausgeführt, dass ein Bieter auf die entsprechende Auskunft des Auftraggebers in der Begründung der Zuschlagsentscheidung angewiesen sei, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers rechtens sei. Die vorliegende Begründung der Zuschlagsentscheidung umfasse die bloße Aufzählung der Bewertungskriterien. Diese unbegründete Zuschlagsentscheidung sei gemäß § 325 Abs. 1 BVergG ergebnisrelevant rechtswidrig, weil ohne gesetzmäßige Begründung beim Versenden der Zuschlagsentscheidung die gesetzwidrige Manipulation des Vergabeverfahrens bereits abstrakt ermöglicht bzw erleichtert werde. Durch diese Transparenzverstöße sei die Zuschlagsentscheidung für die Antragstellerin nicht entsprechend nachvollziehbar und überprüfbar. Die Begründung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin sei rechtswidrig. Der VfGH habe bereits zu Paragraph 53 a, BVergG 1997 ausgeführt, dass ein Bieter auf die entsprechende Auskunft des Auftraggebers in der Begründung der Zuschlagsentscheidung angewiesen sei, um beurteilen zu können, ob die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers rechtens sei. Die vorliegende Begründung der Zuschlagsentscheidung umfasse die bloße Aufzählung der Bewertungskriterien. Diese unbegründete Zuschlagsentscheidung sei gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG

ergebnisrelevant rechtswidrig, weil ohne gesetzmäßige Begründung beim Versenden der Zuschlagsentscheidung die gesetzwidrige Manipulation des Vergabeverfahrens bereits abstrakt ermöglicht bzw. erleichtert werde. Durch diese Transparenzverstöße sei die Zuschlagsentscheidung für die Antragstellerin nicht entsprechend nachvollziehbar und überprüfbar.

Rechtswidrige Ermittlung des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Die Auftraggeberin habe es unterlassen, in der Ausschreibung geeignete, bewertbare Kriterien und die Art und Weise der Bewertung (z.B. durch Jury) festzulegen. Die in der Ausschreibung - neben dem Preis - enthaltenen Kriterien "Technische Qualität/Gebrauchstauglichkeit" und "Gestaltung/Schönheit" seien ungeeignet, weil sich die Auftraggeberin mit der Festlegung begnüge, dass jeweils 5% maximal erreicht werden könnten. Was konkret bewertet werde, sei weder in den Ausschreibungsunterlagen noch zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt offen gelegt worden. Zwar sei einzugestehen, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht fristgerecht angefochten worden seien und nach der Systematik des Bundesvergabegesetzes Präklusion eingetreten sei. Allerdings stoße die Präklusion nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle dort an ihre Grenzen, wo eine Zuschlagsentscheidung nur unter Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens getroffen werden könne. Die Ausschreibung sei zwar als bestandfest anzusehen, in ihrer Bestandwirkung sei sie jedoch einer Bestbieterermittlung unter Ausschluss jeglichen Willkürelementes nicht zugänglich.

Rechtswidrige Berücksichtigung von Alternativangeboten:

Die Antragsgegnerin habe in der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens Alternativangebote ausdrücklich ausgeschlossen. Aus dem Wortlaut der Bekanntmachung gehe eindeutig der Wille der Antragsgegnerin hervor, keine Alternativangebote zuzulassen. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin dies gewollt hätte, hätte sie das entsprechende Textfeld aktivieren können. Auch aus der Gesamtheit der Ausschreibungsbestimmungen ergebe sich die Unzulässigkeit von Alternativangeboten, da es die Antragsgegnerin unterlassen habe, entsprechende nachvollziehbare Bewertungskriterien für Alternativangebote festzulegen. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin Alternativangebote zugelassen hätte, hätte sie alle Kriterien, nach denen die Gleichwertigkeit gemessen bzw. beurteilt werde, in der Ausschreibung spezifizieren müssen. Alternativangebote seien nur zulässig und dürften von der Antragsgegnerin nur berücksichtigt werden, wenn bereits in den Ausschreibungsunterlagen die dafür erforderlichen Mindestkriterien bekanntgemacht würden; anderenfalls dürften Alternativangebote in einem Vergabeverfahren keine Berücksichtigung finden. Gleiches gelte für Abänderungsangebote. Derartige notwendige Mindestkriterien seien nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten. Der Inhalt der unter Punkt 1 dargestellten textbausteinartigen Bestimmungen des Leistungsvertrages, in denen Alternativangebote angesprochen würden, sei durch Auslegung gemäß den §§ 914, 915 ABGB zu ermitteln. Bei genauer Prüfung der dargestellten Bestimmungen sei festzustellen, dass dies bloße Formvorschriften für den Fall, dass - "Eventuelle" - Alternativangebote zugelassen wären, darstellen würden. Die Zuschlagsentscheidung stütze sich auf ein unzulässiges Alternativangebot der präsumtiven Auftragnehmerin. Die Antragsgegnerin verletzte dadurch wiederum den Transparenzgrundsatz. Sie handle damit ebenfalls vergabewidrig und dürfe nach herrschender Judikatur die eingelangten Alternativangebote nicht berücksichtigen. Die Antragsgegnerin habe in der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens Alternativangebote ausdrücklich ausgeschlossen. Aus dem Wortlaut der Bekanntmachung gehe eindeutig der Wille der Antragsgegnerin hervor, keine Alternativangebote zuzulassen. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin dies gewollt hätte, hätte sie das entsprechende Textfeld aktivieren können. Auch aus der Gesamtheit der Ausschreibungsbestimmungen ergebe sich die Unzulässigkeit von Alternativangeboten, da es die Antragsgegnerin unterlassen habe, entsprechende nachvollziehbare Bewertungskriterien für Alternativangebote festzulegen. Für den Fall, dass die Antragsgegnerin Alternativangebote zugelassen hätte, hätte sie alle Kriterien, nach denen die Gleichwertigkeit gemessen bzw. beurteilt werde, in der Ausschreibung spezifizieren müssen. Alternativangebote seien nur zulässig und dürften von der Antragsgegnerin nur berücksichtigt werden, wenn bereits in den Ausschreibungsunterlagen die dafür erforderlichen Mindestkriterien bekanntgemacht würden; anderenfalls dürften Alternativangebote in einem Vergabeverfahren keine Berücksichtigung finden. Gleiches gelte für Abänderungsangebote. Derartige notwendige Mindestkriterien seien nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten. Der Inhalt der unter Punkt 1 dargestellten textbausteinartigen Bestimmungen des Leistungsvertrages, in denen Alternativangebote angesprochen würden, sei durch Auslegung gemäß den Paragraphen 914, 915, ABGB zu ermitteln. Bei genauer Prüfung der dargestellten Bestimmungen sei festzustellen, dass dies bloße Formvorschriften für den Fall, dass - "Eventuelle" - Alternativangebote zugelassen wären, darstellen

würden. Die Zuschlagsentscheidung stütze sich auf ein unzulässiges Alternativangebot der präsumtiven Auftragnehmerin. Die Antragsgegnerin verletzte dadurch wiederum den Transparenzgrundsatz. Sie handle damit ebenfalls vergabewidrig und dürfe nach herrschender Judikatur die eingelangten Alternativangebote nicht berücksichtigen.

Mit Schreiben vom 27. März 2008 brachte die Auftraggeberin vor, dass Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren "Errichtung Bergbahnhof Hochschneeberg Zimmermeisterarbeiten" die Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH sei. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert ohne Ust von € 360.000 welcher im Wege eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt werde.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 28. März 2008, N/0033- BVA/13/2008-07, wurde der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 2. Mai 2008 untersagt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 1. April 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin bei ihrer rechtlichen Beurteilung offenkundig davon ausgehe, dass bereits aufgrund der gleich großen Beteiligungsverhältnisse des Bundes und des Landes Niederösterreich eine Zuständigkeit des BVA vorliege. Dabei übersehe sie jedoch, dass der durch andere finanzielle sowie organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Landes Niederösterreich größer sei als jener des Bundes und daher gemäß § 291 Abs 2 iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c keine Zuständigkeit des BVA gegeben sei. Unter Punkt 4.2 des Gesellschaftsvertrages der Antragsgegnerin sei ausdrücklich festgelegt, dass ausschließlich dem Land Niederösterreich mittelbar über die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. ein Nominierungsrecht für die Bestellung des Geschäftsführers der Antragsgegnerin zukomme. Die ÖBB-Personenverkehr AG hingegen sei verpflichtet, der Bestellung der vorgeschlagenen Person des Geschäftsführers zuzustimmen, wenn gegen diese Person keine wichtigen Gründe im Sinne des § 16 Abs. 2 GmbH-Gesetz vorliegen. Auch durch diese im Gesellschaftsvertrag geregelte organisatorische Maßnahme sei der Einfluss des Landes Niederösterreich größer als jener des Bundes, da das Land Niederösterreich - anderes als die ÖBB-Personenverkehr AG - aus seinen Reihen einen Geschäftsführer vorschlagen könne und die ÖBB-Personenverkehr AG in dieser Hinsicht kein Nominierungsrecht, sondern vielmehr eine grundsätzliche Zustimmungspflicht besitze. Insgesamt ergebe sich daraus, dass der durch andere finanzielle, aber auch organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes nicht gleich groß sei wie der Einfluss des Landes Niederösterreich, weshalb das Bundesvergabeamt für eine Nachprüfung im vorliegenden Vergabeverfahren nicht zuständig sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 1. April 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin bei ihrer rechtlichen Beurteilung offenkundig davon ausgehe, dass bereits aufgrund der gleich großen Beteiligungsverhältnisse des Bundes und des Landes Niederösterreich eine Zuständigkeit des BVA vorliege. Dabei übersehe sie jedoch, dass der durch andere finanzielle sowie organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Landes Niederösterreich größer sei als jener des Bundes und daher gemäß Paragraph 291, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, keine Zuständigkeit des BVA gegeben sei. Unter Punkt 4.2 des Gesellschaftsvertrages der Antragsgegnerin sei ausdrücklich festgelegt, dass ausschließlich dem Land Niederösterreich mittelbar über die Niederösterreichische Verkehrsorganisationsges.m.b.H. ein Nominierungsrecht für die Bestellung des Geschäftsführers der Antragsgegnerin zukomme. Die ÖBB-Personenverkehr AG hingegen sei verpflichtet, der Bestellung der vorgeschlagenen Person des Geschäftsführers zuzustimmen, wenn gegen diese Person keine wichtigen Gründe im Sinne des Paragraph 16, Absatz 2, GmbH-Gesetz vorliegen. Auch durch diese im Gesellschaftsvertrag geregelte organisatorische Maßnahme sei der Einfluss des Landes Niederösterreich größer als jener des Bundes, da das Land Niederösterreich - anderes als die ÖBB-Personenverkehr AG - aus seinen Reihen einen Geschäftsführer vorschlagen könne und die ÖBB-Personenverkehr AG in dieser Hinsicht kein Nominierungsrecht, sondern vielmehr eine grundsätzliche Zustimmungspflicht besitze. Insgesamt ergebe sich daraus, dass der durch andere finanzielle, aber auch organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes nicht gleich groß sei wie der Einfluss des Landes Niederösterreich, weshalb das Bundesvergabeamt für eine Nachprüfung im vorliegenden Vergabeverfahren nicht zuständig sei.

Mit Schreiben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vom 4. April 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass es sich bei dem von ihr als "Alternativangebote 2" bezeichneten Angebot in rechtlicher Hinsicht gar nicht um ein Alternativangebot, sondern lediglich um ein Abänderungsangebot handeln würde. Die Mindestanforderungen würden sich auf den Seiten 20/21 des Leistungsverzeichnisses finden.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. April 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass es offenkundig zutreffe,

dass die NÖVOG 2007 einen Gesellschafternachsuss in der Höhe von € 5.591.653,18 und die ÖBB lediglich € 4.791.653,18 an Nachschuss geleistet habe. Allerdings sei festzuhalten, dass mit den Gesellschafternachsüssen keine Änderung beim Stammkapital und somit bei den Stimmrechten einhergehe. Beide Gesellschafter würden unverändert über denselben Einfluss in der Gesellschafterversammlung verfügen. Überdies verbleibe die Frage, inwiefern nicht in den Jahren vor 2007 (und 2006) von der ÖBB höhere Nachschüsse geliefert worden sind. Zudem lege die Darlegung der Unternehmenshistorie unter www.schneebergbahn.at die Vermutung nahe, dass im Zuge der Gründung der Auftraggeberin von der ÖBB die gesamte Infrastruktur als Sachvermögen eingebracht worden sei. Dies müsse in diesem Zusammenhang ebenfalls berücksichtigt werden. Es sei somit mehr als zweifelhaft, dass beim Einzelaspekt "finanzielle Beteiligung" im Sinne eines höheren Landeseinflusses argumentiert werden könne. Weiters verweise die Auftraggeberin auf Punkt 4 des Gesellschaftsvertrages. Demnach werde ein Geschäftsführer für die Dauer von längstens fünf Jahren bestellt. Der NÖVOG komme das Recht zu, die Person des Geschäftsführers zu nominieren. Zudem sei die ÖBB verpflichtet der Nominierung zuzustimmen, sofern keine wichtigen Gründe dagegen sprechen. Gemäß Punkt 5 des Gesellschaftsvertrages verfüge die Auftraggeberin über einen Gesellschafterausschuss, dem je zwei Mitglieder der ÖBB und der NÖVOG angehören würden. Der ÖBB komme das Recht zu, den Vorsitzenden des Gesellschafterausschusses zu nominieren. Die NÖVOG könne den Stellvertreter des Gesellschafterausschusses vorschlagen. Das besagte Gremium entscheide mit einfacher Mehrheit. Bei Stimmengleichheit gebe die Stimme des Vorsitzenden bzw. bei dessen Abwesenheit die Stimme seines Stellvertreters den Ausschlag. Im Regelfall komme somit der ÖBB im Gesellschafterausschuss ein höheres Stimmgewicht zu. Für den gegenständlichen Fall komme zudem den Unterpunkten 5.6, 5.7 und 5.8 des Gesellschaftsvertrages besondere Bedeutung zu. Gemäß Punkt 5.6 habe der Geschäftsführer unter anderem die Zustimmung des Gesellschafterausschusses bei Erwerb von Anlagevermögen mit einem Kaufpreis über € 75.000 einzuholen. Überdies habe der Gesellschafterausschuss die Geschäfte und Maßnahmen vorzubereiten, die durch Gesellschafterbeschluss zu behandeln seien. Werde die erforderliche Zustimmung durch den Gesellschafterausschuss nicht erteilt, so dürfe das Geschäft oder die Maßnahme nur nach Weisung mittels Gesellschafterbeschluss durchgeführt werden. Punkt 5.8 des Gesellschaftsvertrages sehe unter anderem vor, dass der Erwerb von Anlagevermögen mit einem Kaufpreis über € 365.000 der Zustimmung durch einen Gesellschafterbeschluss bedürfe. Die (vorläufige) Vergabesumme belaufe sich im konkreten Fall auf € 369.450,50. Die Beauftragung erfordere somit die Zustimmung durch einen Gesellschafterbeschluss, wobei dieser vom Gesellschafterausschuss vorzubereiten sei. Die Entscheidungsfindung im gegenständlichen Vergabeverfahren obliege somit einem paritätisch beherrschten Gremium und werde von einem Gremium vorbereitet, in dem die ÖBB im Regelfall über ein größeres Stimmgewicht verfüge. Entsprechend § 20 Abs. 1 GmbHG unterliege hingegen der von der NÖVOG nominierte Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafter. Anhand des konkreten Vergabeverfahrens lasse sich daher anschaulich ersehen, dass beim Einzelaspekt "organisatorische Beherrschung" trotz der Nominierung des Geschäftsführers durch die NÖVOG der Bund über einen zumindest gleich großen Einfluss wie das Land Niederösterreich verfüge. Das Bundesvergabeamt sei daher zuständig über die vorliegenden Anträge zu befinden. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 18. April 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass es offenkundig zutreffe, dass die NÖVOG 2007 einen Gesellschafternachsuss in der Höhe von € 5.591.653,18 und die ÖBB lediglich € 4.791.653,18 an Nachschuss geleistet habe. Allerdings sei festzuhalten, dass mit den Gesellschafternachsüssen keine Änderung beim Stammkapital und somit bei den Stimmrechten einhergehe. Beide Gesellschafter würden unverändert über denselben Einfluss in der Gesellschafterversammlung verfügen. Überdies verbleibe die Frage, inwiefern nicht in den Jahren vor 2007 (und 2006) von der ÖBB höhere Nachschüsse geliefert worden sind. Zudem lege die Darlegung der Unternehmenshistorie unter www.schneebergbahn.at die Vermutung nahe, dass im Zuge der Gründung der Auftraggeberin von der ÖBB die gesamte Infrastruktur als Sachvermögen eingebracht worden sei. Dies müsse in diesem Zusammenhang ebenfalls berücksichtigt werden. Es sei somit mehr als zweifelhaft, dass beim Einzelaspekt "finanzielle Beteiligung" im Sinne eines höheren Landeseinflusses argumentiert werden könne. Weiters verweise die Auftraggeberin auf Punkt 4 des Gesellschaftsvertrages. Demnach werde ein Geschäftsführer für die Dauer von längstens fünf Jahren bestellt. Der NÖVOG komme das Recht zu, die Person des Geschäftsführers zu nominieren. Zudem sei die ÖBB verpflichtet der Nominierung zuzustimmen, sofern keine wichtigen Gründe dagegen sprechen. Gemäß Punkt 5 des Gesellschaftsvertrages verfüge die Auftraggeberin über einen Gesellschafterausschuss, dem je zwei Mitglieder der ÖBB und der NÖVOG angehören würden. Der ÖBB komme das Recht zu, den Vorsitzenden des Gesellschafterausschusses zu nominieren. Die NÖVOG könne den Stellvertreter des Gesellschafterausschusses vorschlagen. Das besagte Gremium entscheide mit einfacher Mehrheit. Bei Stimmengleichheit gebe die Stimme des

Vorsitzenden bzw bei dessen Abwesenheit die Stimme seines Stellvertreters den Ausschlag. Im Regelfall komme somit der ÖGB im Gesellschafterausschuss ein höheres Stimmgewicht zu. Für den gegenständlichen Fall komme zudem den Unterpunkten 5.6, 5.7 und 5.8 des Gesellschaftsvertrages besondere Bedeutung zu. Gemäß Punkt 5.6 habe der Geschäftsführer unter anderem die Zustimmung des Gesellschafterausschusses bei Erwerb von Anlagevermögen mit einem Kaufpreis über € 75.000 einzuholen. Überdies habe der Gesellschafterausschuss die Geschäfte und Maßnahmen vorzubereiten, die durch Gesellschafterbeschluss zu behandeln seien. Werde die erforderliche Zustimmung durch den Gesellschafterausschuss nicht erteilt, so dürfe das Geschäft oder die Maßnahme nur nach Weisung mittels Gesellschafterbeschluss durchgeführt werden. Punkt 5.8 des Gesellschaftervertrages sehe unter anderem vor, dass der Erwerb von Anlagevermögen mit einem Kaufpreis über € 365.000 der Zustimmung durch einen Gesellschafterbeschluss bedürfe. Die (vorläufige) Vergabesumme belaufe sich im konkreten Fall auf € 369.450,50. Die Beauftragung erfordere somit die Zustimmung durch einen Gesellschafterbeschluss, wobei dieser vom Gesellschafterausschuss vorzubereiten sei. Die Entscheidungsfindung im gegenständlichen Vergabeverfahren obliege somit einem paritätisch beherrschten Gremium und werde von einem Gremium vorbereitet, in dem die ÖBB im Regelfall über ein größeres Stimmgewicht verfüge. Entsprechend Paragraph 20, Absatz eins, GmbHG unterliege hingegen der von der NÖVOG nominierte Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafter. Anhand des konkreten Vergabeverfahrens lasse sich daher anschaulich ersehen, dass beim Einzelaspekt "organisatorische Beherrschung" trotz der Nominierung des Geschäftsführers durch die NÖVOG der Bund über einen zumindest gleich großen Einfluss wie das Land Niederösterreich verfüge. Das Bundesvergabeamt sei daher zuständig über die vorliegenden Anträge zu befinden.

Weiters stellte die Antragstellerin den Antrag, "auf Ausspruch durch das Bundesvergabeamt, dass die Auftraggeberin der obsiegenden Antragstellerin die mit der Antragstellung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 3750 (€ 2500 für das Nachprüfungsverfahren und € 1250 für das Provisorialverfahren) bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen hat".

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 22. April 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Gesellschafterausschuss lediglich auf einen Teil der Geschäfte der Auftraggeberin Einfluss nehmen könne und der Geschäftsführer einen Großteil der abzuwickelnden Geschäfte in eigener Verantwortung ohne Einflussnahmemöglichkeiten durch den Gesellschafterausschuss abwickle. Aber auch hinsichtlich jener Geschäfte, bei welchen der Gesellschafterausschuss eine Zustimmungspflicht besitze (Punkt 5.6 des Gesellschaftsvertrages) übersehe die Antragstellerin, dass eine Zustimmung des Gesellschafterausschusses einen entsprechenden Vorschlag des Geschäftsführers voraussetze. Anders als der Geschäftsführer könne der Gesellschafterausschuss von sich aus überhaupt keine Geschäfte abwickeln. Ausschließlich dem Geschäftsführer komme daher das Initiativrecht für die Abwicklung von Rechtsgeschäften zu.

Am 23. April 2008 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Wesentliche Neuerungen wurden dabei nicht vorgebracht.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 30. April 2008 zog diese "ihre Anträge vom 20. März 2008 zur GZ: N/0033-BVA/13/2008 zurück". Der Antrag vom 18. April 2008 "auf Ausspruch durch das Bundesvergabeamt, dass die Auftraggeberin der obsiegenden Antragstellerin die mit der Antragstellung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt € 3750 (€

2500 für das Nachprüfungsverfahren und € 1250 für das Provisorialverfahren) bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen hat" wurde "angesichts der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2008 unverändert aufrecht erhalten."

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Sachverhalt

Wie sich aus dem Vorbringen der Auftraggeberin sowie dem Akt des Vergabeverfahrens ergibt, hat die Auftraggeberin Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH (Firmenbuchnummer: 154139 a) zur Beschaffung der Zimmermeisterarbeiten für den Bergbahnhof Hochschneeberg einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von € 360.000 ohne USt – somit im Unterschwellenbereich - ausgeschrieben.

An der Auftraggeberin sind die Niederösterreichische VerkehrsorganisationsgmbH (Firmenbuchnummer: 31309 v; kurz

NÖVOG) und die ÖBB-Personenverkehr AG (Firmenbuchnummer: 248742 y) jeweils zu 50% beteiligt. Wie dem Firmenbuch entnommen werden kann steht die Niederösterreichische VerkehrsorganisationsgmbH zu 100% im Eigentum des Landes Niederösterreich. Weiters kann dem Firmenbuch entnommen werden, dass die Aktien der ÖBB-Personenverkehr AG zu 100% der ÖBB-Holding AG (Firmenbuchnummer: 247642 f) vorbehalten sind. Letztere steht zu 100% im Eigentum der Republik Österreich bzw dem Bund.

Die Antragstellerin hat ein Angebot gelegt. Die B*** hat ein Hauptangebot und 2 "Alternativangebote" gelegt. Die Auftraggeberin hat mit Schreiben vom 17. März 2008 mitgeteilt, dass "die B*** mit dem Alternativangebot 2 (Gesamtangebot) für die Leistungen OG 1 Hallenkonstruktion plus OG 2 Zimmererleistungen für Berghaus als Bestbieter ermittelt wurde und daher der Zuschlag zu Gunsten dieses Angebotes erteilt werden soll".

Sektorenauftraggeber

§ 164 bis 166 BVergG 2006 lauten: Paragraph 164 bis 166 BVergG 2006 lauten:

Öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber

§ 164. Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber. Paragraph 164, Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber.

Öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber

§ 165. (1) Soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber. Paragraph 165, (1) Soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber.

(2) Öffentliches Unternehmen gemäß Abs. 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber auf Grund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar (2) Öffentliches Unternehmen gemäß Absatz eins, ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber auf Grund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar

1. 1.Ziffer eins
die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder
2. 2.Ziffer 2
über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder
3. 3.Ziffer 3
mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

Private Sektorenauftraggeber

§ 166. (1) Soweit Auftraggeber, die weder öffentliche Auftraggeber noch öffentliche Unternehmen sind, eine Sektorentätigkeit (§§ 167 bis 172) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber, wenn sie die genannte Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben. Paragraph 166, (1) Soweit Auftraggeber, die weder öffentliche Auftraggeber noch öffentliche Unternehmen sind, eine Sektorentätigkeit (Paragraphen 167 bis 172) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber, wenn sie die genannte Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben.

(2) Besondere oder ausschließliche Rechte gemäß Abs. 1 sind Rechte, die von der zuständigen Behörde gewährt wurden und dazu führen, dass die Ausübung einer Sektorentätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. (2) Besondere oder ausschließliche Rechte gemäß Absatz eins, sind Rechte, die von der zuständigen Behörde gewährt wurden und dazu führen, dass die Ausübung einer Sektorentätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird.

§ 169 BVergG 2006 lautet: Paragraph 169, BVergG 2006 lautet:

Verkehrsleistungen

§ 169. (1) Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs sind die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen). Paragraph 169, (1) Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs sind die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen).

(2) Im Verkehrsbereich liegt ein Netz vor, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, der Transportkapazitäten und der Fahrpläne.

Die Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH betreibt die Schneebergbahn. Ausgeschrieben wurde die Errichtung eines neuen Bergbahnhofes der Schneebergbahn. Dies ist iSd § 169 BVergG 2006 als Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene zu qualifizieren. Die Auftraggeberin übt somit eine Sektorentätigkeit iSd § 169 BVergG 2006 aus. Die Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH betreibt die Schneebergbahn. Ausgeschrieben wurde die Errichtung eines neuen Bergbahnhofes der Schneebergbahn. Dies ist iSd Paragraph 169, BVergG 2006 als Bereitstellung von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene zu qualifizieren. Die Auftraggeberin übt somit eine Sektorentätigkeit iSd Paragraph 169, BVergG 2006 aus.

Zu prüfen ist weiters, ob die Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH öffentlicher Auftraggeber als Sektorenauftraggeber iSd § 164 BVergG 2006, öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber iSd § 165 BVergG 2006 oder privater Sektorenauftraggeber iSd § 166 BVergG 2006 ist, da dieser Einordnung für die Beurteilung der Zuständigkeit entscheidende Bedeutung zukommt. Private Sektorenauftraggeber sind in diesem Zusammenhang (nur) von Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG erfasst. Das Bundesvergabeamt ist daher für alle privaten Sektorenauftraggeber zuständig. Für öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber und öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber ist zu unterscheiden, ob es sich um Vergaben gem der Ziffer 1 oder der Ziffer 2 des Art 14b Abs 2 B-VG handelt. Bei Vergaben gem der Ziffer 1 liegt die Zuständigkeit zur Vergabekontrolle beim Bundesvergabeamt. Bei Vergaben gem der Ziffer 2 liegt die Zuständigkeit zur Vergabekontrolle bei den Vergabekontrollbehörden der Länder. Die Ansicht von Mayer, B-VG (2007) Art 14b II.2., wonach bei Auftragsvergaben durch Sektorenauftraggeber (offenbar generell) Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG zur Anwendung kommen soll, kann nicht geteilt werden. Zu prüfen ist weiters, ob die Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH öffentlicher Auftraggeber als Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 164, BVergG 2006, öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 165, BVergG 2006 oder privater Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 166, BVergG 2006 ist, da dieser Einordnung für die Beurteilung der Zuständigkeit entscheidende Bedeutung zukommt. Private Sektorenauftraggeber sind in diesem Zusammenhang (nur) von Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG erfasst. Das Bundesvergabeamt ist daher für alle privaten Sektorenauftraggeber zuständig. Für öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber und öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber ist zu unterscheiden, ob es sich um Vergaben gem der Ziffer 1 oder der Ziffer 2 des Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG handelt. Bei Vergaben gem der Ziffer 1 liegt die Zuständigkeit zur Vergabekontrolle beim Bundesvergabeamt. Bei Vergaben gem der Ziffer 2 liegt die Zuständigkeit zur Vergabekontrolle bei den Vergabekontrollbehörden der Länder. Die Ansicht von Mayer, B-VG (2007) Artikel 14 b, römisch zwei.2., wonach bei Auftragsvergaben durch Sektorenauftraggeber (offenbar generell) Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera g, B-VG zur Anwendung kommen soll, kann nicht geteilt werden.

Da - wie unten ausgeführt - der Bund und das Land Niederösterreich und somit öffentliche Auftraggeber auf Grund von Eigentum einen beherrschenden Einfluss ausüben, handelt es sich bei der Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH um ein öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber iSd § 165 BVergG 2006. Da - wie unten ausgeführt - der Bund und das Land Niederösterreich und somit öffentliche Auftraggeber auf Grund von Eigentum einen beherrschenden Einfluss ausüben, handelt es sich bei der Niederösterreichische Schneebergbahn GmbH um ein öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 165, BVergG 2006.

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

§ 291 Abs. 2 B-VergG lautet: Paragraph 291, Absatz 2, B-VergG lautet:

(2) Das Bundesvergabeamt übt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs. 2 B-VG). Das Bundesvergabeamt übt die ihm auf Grund dieses Bundesgesetzes zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz aus. (2) Das Bundesvergabeamt übt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG). Das Bundesvergabeamt übt die ihm auf Grund dieses Bundesgesetzes zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz aus.

Art. 14b B-VG lautet auszugsweise: Artikel 14 b, B-VG lautet auszugsweise:

(1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs. 3 fallen. (1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Absatz 3, fallen.

(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 ist (2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Absatz eins, ist

1. 1. Ziffer eins

Bundessache hinsichtlich

...

1. c) Litera c

der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126b Abs. 2, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder; der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Artikel 126 b, Absatz 2, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder;

Art. 126b Abs 2 B-VG lautet: Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG lautet:

(2) Der Rechnungshof überprüft weiter die Gebarung von Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt. Einer solchen finanziellen Beteiligung ist die Beherrschung von Unternehmungen durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen gleichzuhalten. Die Zuständigkeit des Rechnungshofes erstreckt sich auch auf Unternehmungen jeder weiteren Stufe, bei denen die Voraussetzungen gemäß diesem Absatz vorliegen.

An der Auftraggeberin sind die NÖVOG und die ÖBB-Personenverkehr AG jeweils zu 50% beteiligt. Eigentümer der NÖVOG ist zu 100% das Land Niederösterreich. Eigentümer der ÖBB-Personenverkehr AG ist die ÖBB-Holding AG, welche zu 100% im Eigentum der Republik Österreich bzw dem Bund steht. Bei der Auftraggeberin handelt es sich - wie oben ausgeführt - um ein öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber. Da an der Auftraggeberin über die ÖBB-Personenverkehr AG der Bund zu 50% beteiligt ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um eine Unternehmung im Sinne des Art. 126 b Abs. 2 B-VG deren finanzielle Beteiligung des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung des Landes. Gemäß Art. 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 291 Abs. 2 B-VergG fällt daher die Auftraggeberin in den Vollziehungsbereich des Bundes. Das Bundesvergabeamt ist daher zuständig, über den gegenständlichen Antrag zu entscheiden. An der Auftraggeberin sind die NÖVOG und die ÖBB-Personenverkehr AG jeweils zu 50% beteiligt. Eigentümer der NÖVOG ist zu 100% das Land Niederösterreich. Eigentümer der ÖBB-Personenverkehr AG ist die ÖBB-Holding AG, welche zu 100% im Eigentum der Republik Österreich bzw dem Bund steht. Bei der Auftraggeberin handelt es sich - wie oben ausgeführt - um ein öffentliches Unternehmen als Sektorenauftraggeber. Da an der Auftraggeberin über die ÖBB-Personenverkehr AG der Bund zu 50% beteiligt ist, handelt es sich bei der Auftraggeberin um eine Unternehmung im Sinne des Artikel 126, b Absatz 2, B-VG deren finanzielle Beteiligung des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung des Landes. Gemäß Artikel

14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG fällt daher die Auftraggeberin in den Vollziehungsbereich des Bundes. Das Bundesvergabeamt ist daher zuständig, über den gegenständlichen Antrag zu entscheiden.

Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin

§ 319 BVergG 2006 lautet: Paragraph 319, BVergG 2006 lautet:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

Der Nachprüfungsantrag vom 20. März 2008 wurde von der Antragstellerin mit Schreiben vom 30. April 2008 zurückgezogen. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin vom 18. April 2008 wurde "angesichts der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2008 unverändert aufrecht erhalten."

Somit hat die Antragstellerin im Sinne des § 319 Abs. 1 BVergG 2006 weder teilweise obsiegt noch ist sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt worden. Auch konnte wegen der Antragszurückziehung über den Hauptantrag nicht abgesprochen werden, so dass im Sinne des § 319 Abs. 2 BVergG 2006 nicht dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wurde. Daran können auch die von der Antragstellerin angeführten "Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2008" nichts ändern. Der Antragstellerin steht somit kein Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG 2006 durch die Auftraggeberin zu. Somit hat die Antragstellerin im Sinne des Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 weder teilweise obsiegt noch ist sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt worden. Auch konnte wegen der Antragszurückziehung über den Hauptantrag nicht abgesprochen werden, so dass im Sinne des Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 nicht dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wurde. Daran können auch die von der Antragstellerin angeführten "Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2008" nichts ändern. Der Antragstellerin steht somit kein Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 durch die Auftraggeberin zu.

Zuletzt aktualisiert am

08.07.2008

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