

TE Verg Bescheid 2008/5/7 N/0051-BVA/14/2008-8EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.05.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 14, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Semmering Basistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürrzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die erste Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 14, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Semmering Basistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürrzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008,

B 1804" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C*** und

1. 4.Ziffer 4

D***, vertreten durch X***, vom 29.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.4.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Auftraggeberin bis zur Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, längstens bis 11.6.2008, die Zuschlagserteilung zu untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 11. Juni 2008 untersagt, im Vergabeverfahren "Semmering Baistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürzzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, B 1804", den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft (im Folgenden Auftraggeber) hat am 20.12.2007 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2007/S 245-298835, das Vergabeverfahren "Semmering Baistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürzzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, B 1804" in einem offenen Verfahren mit einer Bekanntmachung für den Sektorenbereich veröffentlicht. Die Absendung der Bekanntmachung erfolgte am 18.12.2007. Ausschreibungsgegenstand ist laut Bekanntmachung ein Bauauftrag. Die Angebotsfrist wurde gemäß Punkt IV.3.4 der Bekanntmachung mit 18.2.2008, 10.00 Uhr, festgelegt. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft (im Folgenden Auftraggeber) hat am 20.12.2007 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften, 2007/S 245-298835, das Vergabeverfahren "Semmering Baistunnel NEU, Gloggnitz - Raum Mürzzuschlag/Langenwang, Erkundungsarbeiten 2008, B 1804" in einem offenen Verfahren mit einer Bekanntmachung für den Sektorenbereich veröffentlicht. Die Absendung der Bekanntmachung erfolgte am 18.12.2007. Ausschreibungsgegenstand ist laut Bekanntmachung ein Bauauftrag. Die Angebotsfrist wurde gemäß Punkt römisch vier.3.4 der Bekanntmachung mit 18.2.2008, 10.00 Uhr, festgelegt. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Mit Schriftsatz vom 29.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 30.4.2008, brachte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***,

1. 2.Ziffer 2

B***, 3. C*** und 4. D***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Unter einem begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie den Ersatz der Pauschalgebühren.

Zusammenfassend brachte der Antragsteller vor:

Die gegenständliche Auftragsvergabe sei in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip (Sektor) ausgeschrieben worden. Der Antragsteller habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Bei der Angebotsöffnung seien folgende Gesamtpreise der Angebote (Euro netto) verlesen worden:

1. 1.Ziffer eins

BG E*** Euro 13.399.015,40, 2. BG A***-B***-C***-D*** Euro 13.477.517,55, 3. F*** Euro 19.173.343,46.

Mit Schreiben vom 16.4.2008 habe der Auftraggeber mitgeteilt, dass die Erteilung des Zuschlags an die Bietergemeinschaft "E*** (im Folgenden präsuntiver Zuschlagsempfänger), beabsichtigt sei. Der Vorteil des erfolgreichen Angebotes liege im günstigeren Gesamtpreis.

Es werde die Zuschlagsentscheidung angefochten, die insbesondere aus folgenden Gründen rechtswidrig sei:

- -Strichaufzählung
Bohrdatenschreiber:

Pkt. 4.1 in Teil C der Ausschreibung lege fest:

Bohrdatenschreiber

Bohrdatenschreiber sind bei allen Bohrgeräten einzusetzen. Zusätzlich zu den täglichen Protokollen sind kontinuierliche Aufzeichnungen mit einem Messdatenschreiber (Bohrdatenschreiber) zur Dokumentation von Datum, Zeit, Bohrfortschritt, Anpressdruck, Umdrehungszahl und Drehmoment beizulegen. ... Diese Bohrdaten sind den Tagesberichten beizulegen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine lückenlose Dokumentation der genannten und referenzierten (ÖN) Informationen Grundlage zur Abwägung des Baugrundrisikos ist.

Die Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit (Pkt. 4.4.5 in Teil A der Ausschreibung) würden ausdrücklich verlangen, dass auch die technische Ausrüstung für die dort genannten Bohrgeräte nachgewiesen werde. Als Nachweise würden ausdrücklich eine Erklärung des Bieters, aus der hervorgehe, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung das Unternehmen für die Ausführung des Bauvorhabens verfüge, sowie eine Auflistung der für das Bauvorhaben zur Verfügung stehenden Bohr- und Versuchsgeräte verlangt.

Nach dem Wissensstand des Antragstellers verfüge keines der Mitglieder des präsumtiven Zuschlagsempfängers über die oben genannten Bohrdatenschreiber. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher wegen mangelnder technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Der Antragsteller gehe davon aus, dass beim präsumtiven Zuschlagsempfänger die Bohrdatenschreiber auch in den verlangten Nachweisen nicht enthalten seien. Da die Bohrdatenschreiber in der Ausschreibung ausdrücklich für alle Bohrgeräte verlangt würden, seien diese auch als Mindestinhalt dieser Nachweise anzusehen. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei daher auch als ausschreibungswidrig auszuschneiden. Bei vergaberechtskonformem Vorgehen (Ausscheiden des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers) würde der Zuschlag an den Antragsteller als nächstgereihten Bieter zu erteilen sein.

- -Strichaufzählung

Referenzen Versuchskoordinator:

Für die gesamte Bauzeit sei gemäß Pkt. 4.4.5.1 in Teil A der Ausschreibung vom Auftragnehmer ein Versuchskoordinator zu stellen.

Als Mindestanforderung an diesen sei unter anderem festgelegt, dass mit maximal 3 Projekten (Ausführung und Auswertung) nachzuweisen sei, dass in den letzten 5 Jahren zumindest 2 der folgenden 3 Versuche in der angegebenen Menge von der genannten Person durchgeführt bzw. ausgewertet worden seien: VSP 1000m, ABF 1000m, Flowmeter 1000m. Hiefür seien Nachweise in Form von Auftraggeberbestätigungen vorzulegen gewesen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe nach dem Wissensstand des Antragstellers die G*** namhaft gemacht. Die G*** erfülle nicht die in der Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen bzw. gehe der Antragsteller davon aus, dass für die im Angebot anzuführenden (maximal 3) Referenzprojekte jedenfalls keine den Ausschreibungskriterien entsprechenden Auftraggeberbestätigungen vorliegen würden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher auch aus diesem Grund mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen.

- -Strichaufzählung

Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises:

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers weise eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises auf. Insbesondere liege ein massiver Unterpreis in einigen Positionen betreffend den Versuchskoordinator vor.

Der Antragsteller gehe davon aus, dass diese Positionspreise im Verhältnis zu den ausgeschriebenen Leistungen auffallend und ungewöhnlich niedrig seien, und zwar sowohl von den relevanten Marktverhältnissen bzw. vergleichbaren Erfahrungswerten ausgehend, als auch auf die entsprechenden Positionspreise der Mitbieter bezogen, die gegenständlich die relevanten Marktverhältnisse größenordnungsmäßig durchaus widerspiegeln würden. Im Einzelnen handle es sich insbesondere um folgende Positionen, wobei für diese bei einer nachvollziehbaren Kalkulation zumindest etwa folgende Preise anzusetzen wären:

Nicht darstellbare Tabelle

Gemäß § 268 BVerG 2006 hätten Sektorenauftraggeber Angebote jedenfalls auch dann vertieft zu prüfen bzw. Aufklärung zu verlangen - und im Falle der nicht gegebenen Nachvollziehbarkeit der Preise trotz Aufklärung gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 BVerG 2006 - auszuschneiden, wenn das Angebot in einzelnen Positionen zu niedrige Einheitspreise aufweise und Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestünden. Gemäß Paragraph 268, BVerG 2006 hätten Sektorenauftraggeber Angebote jedenfalls auch dann vertieft zu prüfen bzw. Aufklärung zu verlangen - und im Falle

der nicht gegebenen Nachvollziehbarkeit der Preise trotz Aufklärung gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 - auszuschneiden, wenn das Angebot in einzelnen Positionen zu niedrige Einheitspreise aufweise und Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestünden.

Der Antragsteller gehe davon aus, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, insbesondere in den genannten Positionen, massiv zu niedrig kalkuliert sei und daher gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Der Antragsteller gehe davon aus, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers, insbesondere in den genannten Positionen, massiv zu niedrig kalkuliert sei und daher gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen wäre.

Jedenfalls wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers insbesondere in den genannten Positionen vertieft zu prüfen. Sollte eine vertiefte Angebotsprüfung in den genannten Positionen gänzlich unterblieben oder nicht entsprechend den Vorgaben des § 268 BVergG 2006 durchgeführt worden sein, wäre die angefochtene Zuschlagsentscheidung schon deshalb für nichtig zu erklären, weil eine solche vertiefte Angebotsprüfung bei den auffällig niedrigen Einheitspreisen des präsumtiven Zuschlagsempfängers jedenfalls geboten gewesen wäre. Es sei davon auszugehen, dass eine vergaberechtskonforme und vollständige vertiefte Angebotsprüfung eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebe, weshalb die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens auch wesentlich sei. Jedenfalls wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers insbesondere in den genannten Positionen vertieft zu prüfen. Sollte eine vertiefte Angebotsprüfung in den genannten Positionen gänzlich unterblieben oder nicht entsprechend den Vorgaben des Paragraph 268, BVergG 2006 durchgeführt worden sein, wäre die angefochtene Zuschlagsentscheidung schon deshalb für nichtig zu erklären, weil eine solche vertiefte Angebotsprüfung bei den auffällig niedrigen Einheitspreisen des präsumtiven Zuschlagsempfängers jedenfalls geboten gewesen wäre. Es sei davon auszugehen, dass eine vergaberechtskonforme und vollständige vertiefte Angebotsprüfung eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergebe, weshalb die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens auch wesentlich sei.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Erteilung des Zuschlags bzw. Fällung der Zuschlagsentscheidung an ihn als Billigst- und Bestbieter, auf Vergabe nach den Grundsätzen eines freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter zu angemessenen Preisen an leistungsfähige Bieter, auf Ausscheiden von Angeboten von Bieter, bei denen die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben ist, auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, auf Ausscheiden von Angeboten, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, auf Ausscheiden von Angeboten eines Bieters, der es unterlassen hat innerhalb der gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder dessen Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt sowie auf Durchführung einer vergaberechtskonformen vertieften Angebotsprüfung bei Angeboten von Mitbietern, verletzt.

Der Antragsteller habe ein massives und berechtigtes Interesse am Vertragsabschluss. Durch die angekündigte Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger drohe ihm ein gravierender Schaden, der insbesondere die Kosten der Angebotserstellung (Gesamtkostenangebotsbearbeitung Euro 39.297,12), aber auch Verdienstentgang (Gesamtzuschlag in Höhe von zumindest 10%; ausgehend vom Angebotsnettopreis von insgesamt Euro 13.477.517,55 seien dies Euro 1.347.751,76) sowie verloren gehende Auslastung umfasse. Dazu würden weitere Kosten im Laufe des Vergabeverfahrens und Vorhaltekosten/Kosten der Sicherung der Auftragsdurchführung kommen. Der drohende Schaden würde sich laufend vergrößern, weil angesichts der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung weiterhin Kapazitäten für die Auftragserfüllung zu sichern wären. Überdies ergebe sich aus der Ausführung des gegenständlichen Auftrages eine bedeutende Referenzwirkung, die ihm im Falle der Vergabe an einen Dritten entginge.

Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 5.5.2008 allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro 12,5 Mio ohne USt., sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 180 Abs. 1 Z 2 BVergG handle. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß § 192 Abs. 2 BVergG vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der Auftraggeber erteilte mit Schriftsatz vom 5.5.2008 allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf

Euro 12,5 Mio ohne USt., sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handle. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 2, BVergG vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt.

Insgesamt seien 3 Angebote eingelangt. Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen Bietern am 16.4.2008 bekannt gegeben worden. Billigstbieterin sei die Bietergemeinschaft "E****" mit einem Nettoangebotspreis in Höhe von Euro 13.399.015,40. Das Angebot des Antragstellers sei nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung bzw. ein Widerruf seien nicht erfolgt. Auch der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Konkret zur beantragten einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber vor, dass er sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausspreche. Das gegenständliche Projekt stehe unter großem Termindruck. Aufgrund des Beschlusses des Ministerrates vom März 2005 sei das Gesamtkonzept der Projektentwicklung darauf ausgerichtet, dass bis Ende 2009 das Genehmigungsverfahren (UVP-, EB- und NVP) eingereicht würde. Die Ergebnisse der gegenständlichen Erkundungsarbeiten seien zwingend für die Einreichung der Genehmigungsverfahren erforderlich und müssten bis Juni 2009 vorliegen, um in die Einreichunterlagen eingearbeitet werden zu können.

Nach den Ausschreibungsunterlagen sei als Baubeginn für die Erkundungsarbeiten der 15.5.2008 vorgesehen. Falls dieser Termin nicht eingehalten werden könne, sei die Einreichung der oben angeführten Genehmigungsverfahren innerhalb des vorgesehenen gedrängten Leistungszeitraumes gefährdet.

Mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien daher maßgebliche finanzielle Nachteile und zeitliche Verzögerungen für den Auftraggeber verbunden. Mit der daraus resultierenden zeitlichen Verzögerung würden erhebliche betriebliche Störungen einhergehen, die zu enormen Mehrkosten für den Auftraggeber führen würden. Diese Mehrkosten müssten wiederum von der Allgemeinheit getragen werden. Es werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin vom 29.4.2008 zurück-, in eventu abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

I. Anzuwendende Rechtslage:römisch eins. Anzuwendende Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetz BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007, (BVergG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, (BVergG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Darüber hinaus sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt seit dem 1.1.2008 anhängigen Nachprüfungsverfahren und für Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, (BVergG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. 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 (§ 2 Bundesbahngesetz). Da die ÖBB Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. 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 (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Da die ÖBB Infrastruktur Bau AG eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur ist, handelt es sich um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG 2006, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Billigstbieter vergeben werden soll. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich (Euro 12,5 Mio. ohne USt.). Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG 2006, der im Rahmen eines offenen Verfahrens an den Billigstbieter vergeben werden soll. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich (Euro 12,5 Mio. ohne USt.).

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

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG rechtzeitig. 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. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG rechtzeitig. 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.

III: Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg. cit. 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, leg. cit. 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 der 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 der 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 BVergG 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, BVergG 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 der Auftraggeber vorbringt, dass als Baubeginn für die Erkundungsarbeiten der 15.5.2008 vorgesehen ist und die Einreichung der näher bezeichneten Genehmigungsverfahren innerhalb des vorgesehenen gedrängten Leistungszeitraums gefährdet sei, sollte dieser Termin nicht eingehalten werden können, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber 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. Da die Bekanntmachung der Ausschreibung am 20.12.2007, die Anbotsöffnung am 18.2.2008 und die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erst am 16.4.2008 erfolgte, somit rund zwei Monate nach der Anbotsöffnung, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um rund sechs Wochen nicht ins Gewicht. Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass als Baubeginn für die Erkundungsarbeiten der 15.5.2008 vorgesehen ist und die Einreichung der näher bezeichneten Genehmigungsverfahren innerhalb des vorgesehenen gedrängten Leistungszeitraums gefährdet sei, sollte dieser Termin nicht eingehalten werden können, so ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber 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. Da die Bekanntmachung der Ausschreibung am 20.12.2007, die Anbotsöffnung am 18.2.2008 und die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erst am 16.4.2008 erfolgte, somit rund zwei Monate nach der Anbotsöffnung, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um rund sechs Wochen nicht ins Gewicht.

Was die vom Auftraggeber 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 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8, BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV11).

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).

Der Antragsteller 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 vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller 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 den Antragsteller sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Der Antragsteller 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 vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller 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 den Antragsteller 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 des Antragstellers 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 des Antragstellers 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

16.10.2008

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