

TE Verg Bescheid 2008/3/11 N/0026-BVA/07/2008-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.03.2008

Norm

BVergG 2006 §329

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 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes am Verschiebebahnhof Graz" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. März 2008, eingebracht am 3. März 2008, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 4. März 2008, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes am Verschiebebahnhof Graz" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 3. März 2008, eingebracht am 3. März 2008, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 4. März 2008, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt wird, wird stattgegeben. Der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes am Verschiebebahnhof Graz" den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG (in der Folge Auftraggeber) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung für den Sektorenbereich über die Lieferung, Installation und Inbetriebnahme von erforderlicher Bremstechnik sowie Rechnersystemen zur Laufweg- und Bremsensteuerung für die Realisierung des

rangiertechnischen Verfahrens zur Laufzielbremsung aus der Richtungsgleisbremse und eine automatische Wagenreihungskontrolle zur betrieblichen Optimierung durch. Ausschreibungsgegenstand ist laut Bekanntmachung ein Bauauftrag. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 11.9.2007 unter Zl. 2007/S 174-214132. Die Teilnahmefrist wurde gemäß Punkt IV.3.4 dieser Bekanntmachung mit 1.10.2007 festgelegt. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG (in der Folge Auftraggeber) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung für den Sektorenbereich über die Lieferung, Installation und Inbetriebnahme von erforderlicher Bremstechnik sowie Rechnersystemen zur Laufweg- und Bremsensteuerung für die Realisierung des rangiertechnischen Verfahrens zur Laufzielbremsung aus der Richtungsgleisbremse und eine automatische Wagenreihungskontrolle zur betrieblichen Optimierung durch. Ausschreibungsgegenstand ist laut Bekanntmachung ein Bauauftrag. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte am 11.9.2007 unter Zl. 2007/S 174-214132. Die Teilnahmefrist wurde gemäß Punkt römisch vier.3.4 dieser Bekanntmachung mit 1.10.2007 festgelegt.

Mit e-Mail vom 18.2.2008 teilte der Auftraggeber der A*** (in der Folge Antragstellerin) Folgendes mit:

"Sehr geehrte Herren!

In der Schlussrunde wurde die B*** als Best- und Billigstbieter ermittelt. Das Ergebnis dieser Schlussrunde bildet die Grundlage für unseren Vergabevorschlag und die Zuschlagsentscheidung. Die Details der Punktbewertung werden wir Ihnen nach der Zuschlagsentscheidung per eMail mitteilen. Bitte beachten Sie, dass das Vergabeverfahren mit dieser Information aber noch nicht endgültig abgeschlossen ist und diese Verständigung ausdrücklich keine Auftragserteilung bedeutet. [...]"

Mit Schriftsatz vom 3.3.2008 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Nichtigerklärung der sonstigen Festlegung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 18.2.2008, mit der die B*** als Billigst- bzw. Bestbieterin bekannt gegeben wurde. Darüber hinaus wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie der Ersatz der Gebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 3.3.2008 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Nichtigerklärung der sonstigen Festlegung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 18.2.2008, mit der die B*** als Billigst- bzw. Bestbieterin bekannt gegeben wurde. Darüber hinaus wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht sowie der Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber keine Bedingungen für die Öffnung der Angebote festgelegt habe; insbesondere sei der "Textbaustein" nicht aktiviert worden, mit dem keine öffentliche Öffnung der Angebote festgelegt worden sei. Mit Schreiben vom 26.9.2007 habe die Antragstellerin um Teilnahme am Vergabeverfahren sowie um Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen ersucht. In der Folge habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 10.10.2007 die Ausschreibungsunterlagen übermittelt und die Antragstellerin eingeladen, ein verbindliches Angebot zu legen. Die Angebotsfrist habe am 30.11.2007, 9.00 Uhr, geendet. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot abgegeben. Am 4.2.2008 habe ein Aufklärungsgespräch mit dem Auftraggeber stattgefunden, in welchem dieser den weiteren Verfahrensablauf bekannt gegeben habe: Demgemäß sollte am 18.2.2008 eine Angebotsverhandlung stattfinden, an deren Ende von den geladenen Bewerbern der finale Angebotspreis und ein Nachlass (Rabatt) in einem verschlossenen Kuvert abgegeben werden sollte. Mit E-Mail vom 6.2.2008 habe der Auftraggeber die weitere Vorgangsweise im Detail mitgeteilt und bekannt gegeben, dass die Schlussbesprechung am 18.2.2008 von 9.30 - 10.30 Uhr stattfinden und um 12.00 Uhr die Kuvertabgabe erfolgen werde. Mit Schreiben vom 12.2.2008 habe die Antragstellerin die ergänzenden Angebotsunterlagen gemäß der Besprechung mit dem Auftraggeber vom 4.2.2008 übermittelt. Am 18.2.2008 habe die Verhandlungsrunde stattgefunden. Zu Beginn der Verhandlung sei der weitere Verfahrensablauf von Vertretern des Auftraggebers erläutert worden: Demnach sollten mit den Bietern in der Zeit von 9.30 - 12.00 Uhr, nacheinander und getrennt voneinander, beginnend mit der Antragstellerin, Verhandlungen geführt werden, um die Kuvertunde vorzubereiten. Zur Überraschung der Antragstellerin sei dieser mitgeteilt worden, dass auch die B*** als Bieterin an dieser Verhandlungsrunde teilnehmen werde. Damit habe der Auftraggeber gegen den Grundsatz der Verfahrensanonymität verstoßen. Tatsächlich hätten die Verhandlungen mit der Antragstellerin von 9.30 bis etwa 10.45 Uhr gedauert. Der Antragstellerin sei erneut mitgeteilt worden, dass nach Abschluss der Verhandlungen um 12.00 Uhr die Kuvertunde erfolgen werde und in

Anwesenheit der Bieter die Angebote geöffnet würden. Nach Abschluss der Verhandlungen mit der Antragstellerin um 10.45 Uhr habe der Auftraggeber der Antragstellerin bis 12.00 Uhr Zeit gewährt, den Nachlass festzulegen. Der Beginn der Kuvertrunde sei auf 12.45 Uhr verschoben worden, da laut Aussage des Auftraggebers die Verhandlung mit der Mitbewerberin länger als geplant gedauert hätten. Um 12.45 Uhr habe die Kuvertrunde stattgefunden. Hiezu sei der Vertreter der Antragstellerin in ein Zimmer geführt worden, in dem bereits die Vertreter der Mitbieterin anwesend gewesen seien. Auf dem Besprechungstisch habe sich bereits ein verschlossenes Kuvert der Mitbieterin befunden. Die Vertreter der Antragstellerin hätten in einem verschlossenen Kuvert ihr überarbeitetes Angebot dem Auftraggeber übergeben. Entgegen der vorher angekündigten Vorgehensweise habe ein Vertreter des Auftraggebers ausgeführt, dass die Kuverts nun doch nicht im Beisein der Bieter geöffnet würden. Weiters sei mitgeteilt worden, dass der Auftraggeber noch weitere Berechnungen im Zuge der Prüfung der Angebote anstellen müsse. In Abweichung zu den bisherigen Festlegungen sollten die Bieter nunmehr mittels E-Mail Informationen, wie die Punktezahl, den Preis des Bestbieters sowie den Vergabevorschlag erhalten. Mit E-Mail vom 18.2.2008 habe der Auftraggeber der Antragstellerin u.a. mitgeteilt, dass in der Schlussrunde die B*** als Best- und Billigstbieter ermittelt worden sei und dass dieses Ergebnis der Schlussrunde die Grundlage für den Vergabevorschlag und die Zuschlagsentscheidung bilde.

Durch das nachgewiesene Abgehen von Festlegungen im Verlauf des Verhandlungsverfahrens habe der Auftraggeber die am Vergabeverfahren beteiligten Bieter ungleich behandelt und damit gegen den fundamentalen Grundsatz der Bietergleichbehandlung verstoßen. Das Angebot der Antragstellerin sei mit jenem der B*** bis zur Kuvertrunde nicht vergleichbar gewesen, da beide Angebote aufgrund der äußerst allgemein gehaltenen Mindestangaben in den Ausschreibungsunterlagen unterschiedliche Inhalte aufgewiesen hätten. Mit der Antragstellerin sei lediglich 75 Minuten über ihr Angebot verhandelt worden, mit der Mitbieterin hingegen rund 120 Minuten. Die Antragstellerin habe in ihrem überarbeiteten Angebot Vorschläge unterbreitet, durch die die Kosten der Auftragsleistung bzw. der Angebotspreis drastisch reduziert werden hätten können. Diese Vorschläge seien den Vertretern des Auftraggebers bereits zum Zeitpunkt, als sie mit der B*** die Angebotsverhandlungen begonnen hätten, bekannt gewesen. Obwohl mit der B*** bis unmittelbar vor der Vorlage der Kuverts und deren Öffnung verhandelt worden sei, sei das Kuvert der B*** zum Zeitpunkt, als die Vertreter der Antragstellerin zur Abgabe des Preiskuverts gebeten worden seien, bereits vorgelegen.

Das Abgehen des Auftraggebers von seiner eigenen Festlegung der öffentlichen Angebotsöffnung und Verlesung stelle einen groben Verstoß gegen den Grundsatz der Bietergleichbehandlung, insbesondere gegen den Grundsatz fairer und transparenter Abwicklung eines Vergabeverfahrens dar. Die Entscheidung des Auftraggebers vom 18.2.2008, die B*** als Billigst- und Bestbieterin bekanntzugeben, bevor noch die Angebotsbewertung abgeschlossen gewesen sei und alle Bieter unter den gleichen Voraussetzungen ihre Angebote kalkulieren und abgeben hätten können, sei daher für nichtig zu erklären.

Angefochten werde die gesondert anfechtbare rechtswidrige sonstige Festlegung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 vom 18.2.2008, mit der die B*** als Best- und Billigstbieterin ermittelt worden sei. Angefochten werde die gesondert anfechtbare rechtswidrige sonstige Festlegung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 vom 18.2.2008, mit der die B*** als Best- und Billigstbieterin ermittelt worden sei.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits mit ihrem Schreiben vom 26.9.2007 sowie durch die Teilnahme an den Verhandlungen bis hin zur Schlussrunde am 18.2.2008 bekundet. Aufgrund der bisherigen Befassung der Antragstellerin mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren seien Kosten in Höhe von zumindest Euro XXX angefallen. Diese Kosten wären mangels Auftragserteilung jedenfalls frustriert. Sollte die Antragstellerin aufgrund der bekämpften Entscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag nicht erhalten, so entstünde ihr darüber hinaus ein Schaden durch den entgangenen Deckungsbeitrag. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits mit ihrem Schreiben vom 26.9.2007 sowie durch die Teilnahme an den Verhandlungen bis hin zur Schlussrunde am 18.2.2008 bekundet. Aufgrund der bisherigen Befassung der Antragstellerin mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren seien Kosten in Höhe von zumindest Euro römisch 30 angefallen. Diese Kosten wären mangels Auftragserteilung jedenfalls frustriert. Sollte die Antragstellerin aufgrund der bekämpften Entscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag nicht erhalten, so entstünde ihr darüber hinaus ein Schaden durch

den entgangenen Deckungsbeitrag. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin werde in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, auf Vergleichbarkeit der Angebote, auf Abgabe von Angeboten ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken und auf Grundlage einer eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung, auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens sowie auf rechtskonforme Prüfung der Angebote und auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 7.3.2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG, der im Oberschwellenbereich angesiedelt sei. Es seien bis dato weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden. Ebenso wenig sei der Zuschlag bereits erteilt worden. Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 7.3.2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG, der im Oberschwellenbereich angesiedelt sei. Es seien bis dato weder eine Zuschlagsentscheidung noch eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden. Ebenso wenig sei der Zuschlag bereits erteilt worden.

Der Auftraggeber beantragte die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin vom 3.3.2008:

Mangels Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung könne kein wirksamer Leistungsvertrag geschlossen werden, daher könne der Antragstellerin auch kein Entgang des Auftrages unmittelbar drohen. Eine einstweilige Verfügung, mit der die Zuschlagserteilung untersagt werde, sei daher weder nötig noch geeignet, um eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin zu vermeiden. Darüber hinaus stelle die Erlassung einer einstweiligen Verfügung noch vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung - zumal die Antragstellerin ohnedies gemäß § 272 BVergG diese Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erhalten müsste - nicht das gelindeste Mittel dar, da der Antragstellerin nach Erhalt der Zuschlagsentscheidung ohnedies noch die Möglichkeit offen stünde, den dann erstmals tatsächlich unmittelbar drohenden Vertragsabschluss mit einem Mitbewerber mittels eines Nachprüfungsantrages und Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Zuschlagserteilung untersagt werden solle, abzuwenden. Nach der Systematik des BVergG 2006 sei für die Zuschlagserteilung jedoch eine weitere Entscheidung des Auftraggebers - nämlich die Zuschlagsentscheidung - erforderlich. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung jedoch noch gar nicht bekannt gegeben worden sei und somit die Stillhaltefrist nicht zu laufen begonnen habe, erscheine die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig, noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSv § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu beseitigen oder zu verhindern. Mangels Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung könne kein wirksamer Leistungsvertrag geschlossen werden, daher könne der Antragstellerin auch kein Entgang des Auftrages unmittelbar drohen. Eine einstweilige Verfügung, mit der die Zuschlagserteilung untersagt werde, sei daher weder nötig noch geeignet, um eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin zu vermeiden. Darüber hinaus stelle die Erlassung einer einstweiligen Verfügung noch vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung - zumal die Antragstellerin ohnedies gemäß Paragraph 272, BVergG diese Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erhalten müsste - nicht das gelindeste Mittel dar, da der Antragstellerin nach Erhalt der Zuschlagsentscheidung ohnedies noch die Möglichkeit offen stünde, den dann erstmals tatsächlich unmittelbar drohenden Vertragsabschluss mit einem Mitbewerber mittels eines Nachprüfungsantrages und Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Zuschlagserteilung untersagt werden solle, abzuwenden. Nach der Systematik des BVergG 2006 sei für die Zuschlagserteilung jedoch eine weitere Entscheidung des Auftraggebers - nämlich die Zuschlagsentscheidung - erforderlich. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung jedoch noch gar nicht bekannt gegeben worden sei und somit die Stillhaltefrist nicht zu laufen begonnen habe, erscheine die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig, noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSv Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu beseitigen oder zu verhindern.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde mit BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) 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 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) 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 BVerG sind die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes 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 vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVerG sind die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes 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 vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat.

Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 1.1.2008 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren (§ 345 Abs 13 Z 2 BVerG) - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, (BVerG) anzuwenden. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 1.1.2008 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren (Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, BVerG) - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, (BVerG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVerG. 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 bei dem Auftraggeber um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen (vgl. BVA vom 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25). Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVerG. 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 bei dem Auftraggeber um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen vergleiche BVA vom 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25).

Es handelt sich laut Bekanntmachung um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVerG, der im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Es handelt sich laut Bekanntmachung um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVerG, der im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet.

Dem Vorbringen des Auftraggebers, wonach der Antragstellerin mangels Zuschlagsentscheidung noch gar kein Entgang des Auftrages drohe und somit auch keine unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin vorlägen, die zu beseitigen oder zu verhindern wären, ist Folgendes entgegen zu halten:

Wie sich aus dem Schreiben des Auftraggebers vom 18.2.2008 ausdrücklich ergibt, bildet das Ergebnis der Schlussrunde, in der die B*** als Best- und Billigstbieter ermittelt wurde, die Grundlage für den Vergabevorschlag und die Zuschlagsentscheidung. Dieses Ergebnis stellt somit die Basis für die Zuschlagsentscheidung dar und steht daher die Zuschlagsentscheidung in einem unmittelbaren Kausalzusammenhang mit dem Ergebnis der Schlussrunde. Da aufgrund des Schreibens des Auftraggebers vom 18.2.2008 nunmehr die Festlegung getroffen wurde, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** ergehen werden wird, kann daher im Provisorialverfahren davon ausgegangen werden, dass der Antragstellerin bereits zum derzeitigen Zeitpunkt eine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen durch das Schreiben des Auftraggebers vom 18.2.2008 droht.

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

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
gründlich drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

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.

Nach § 329 Abs 3 BVergG 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der sonstigen Festlegung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 vom 18.2.2008, mit der die B*** als Best- und Billigstbieterin ermittelt wurde, behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben dargelegte Vorbringen nicht denkunmöglich. Darüber ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der sonstigen Festlegung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 vom 18.2.2008, mit der die B*** als Best- und Billigstbieterin ermittelt wurde, behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben dargelegte Vorbringen nicht denkunmöglich. Darüber ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies im Hauptverfahren zu beurteilen sein.

Der Auftraggeber brachte in seinem Schriftsatz vom 7.3.2008 vor, dass nach der Systematik des BVergG 2006 für die Zuschlagserteilung eine weitere Entscheidung des Auftraggebers - nämlich die Zuschlagsentscheidung - erforderlich sei. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung jedoch noch gar nicht bekannt gegeben worden sei und somit die Stillhaltefrist nicht zu laufen begonnen habe, erscheine die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig, noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSv § 328 Abs. 1 BVergG 2006 zu beseitigen oder zu verhindern. Der Auftraggeber brachte in seinem Schriftsatz vom 7.3.2008 vor, dass nach der Systematik des BVergG 2006 für die Zuschlagserteilung eine weitere Entscheidung des Auftraggebers - nämlich die Zuschlagsentscheidung - erforderlich sei. Da im gegenständlichen Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung jedoch noch gar nicht bekannt gegeben worden sei und somit die Stillhaltefrist nicht zu laufen begonnen habe, erscheine die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig, noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin iSv Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu beseitigen oder zu verhindern.

Diesem Vorbringen ist jedoch, wie bereits unter Punkt II ausgeführt, entgegen zu halten, dass das Ergebnis der Schlussrunde, in der die B*** als Best- und Billigstbieter ermittelt wurde, die Grundlage für den Vergabevorschlag und die Zuschlagsentscheidung bildet und somit die Basis für die Zuschlagsentscheidung darstellt. Diesem Vorbringen ist jedoch, wie bereits unter Punkt römisch zwei ausgeführt, entgegen zu halten, dass das Ergebnis der Schlussrunde, in der die B*** als Best- und Billigstbieter ermittelt wurde, die Grundlage für den Vergabevorschlag und die Zuschlagsentscheidung bildet und somit die Basis für die Zuschlagsentscheidung darstellt.

Außer dem oben dargestellten Vorbringen hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Der Senatsvorsitzenden sind auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich, dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist

und schließlich, dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzugehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen bei Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist somit nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung des angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird auch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen bei Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist somit nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung des angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird auch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt.

Zuletzt aktualisiert am

26.02.2009

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