

TE Verg Bescheid 2008/1/21 N/0121-BVA/07/2007-EV32

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.01.2008

Norm

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erstreckung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 3 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erstreckung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

Die mit Bescheid vom 17.12.2007, GZ N/0121-BVA/07/2007-EV12, erlassene einstweilige Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 21. Jänner 2008, der D*** den Zuschlag zu erteilen, wird von Amts wegen erstreckt.

Dem Auftraggeber wird bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 3. März 2008, der D*** den Zuschlag zu erteilen

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 2.6.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 104-128581 bekannt gemacht. Gemäß Pkt II.1.5 der europaweiten Bekanntmachung sind Ausschreibungsgegenstand die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen. Die Bauleistungen beinhalten die Herstellung der 790 m langen Grundwasserwanne Radfeld, die

Herstellung des 1600 m langen Tunnelbauwerks in offener Bauweise und die Herstellung einer 130 m langen Zufahrtsrampe inkl. Auffangbecken u. Pumpstation. Zudem sind 3 Stk. Rettungsschächte inkl. Schachtkopfgebäude, eine temporäre Verlegung der B171 und eine Baubehelfsbrücke für den Baustellenverkehr über die B171 herzustellen. Die gegenständliche Leistung "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 2.6.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 104-128581 bekannt gemacht. Gemäß Pkt römisch zwei.1.5 der europaweiten Bekanntmachung sind Ausschreibungsgegenstand die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen. Die Bauleistungen beinhalten die Herstellung der 790 m langen Grundwasserwanne Radfeld, die Herstellung des 1600 m langen Tunnelbauwerks in offener Bauweise und die Herstellung einer 130 m langen Zufahrtsrampe inkl. Auffangbecken u. Pumpstation. Zudem sind 3 Stk. Rettungsschächte inkl. Schachtkopfgebäude, eine temporäre Verlegung der B171 und eine Baubehelfsbrücke für den Baustellenverkehr über die B171 herzustellen.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 7.8.2007, 12.00 Uhr, festgelegt. Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 7.8.2007, 13.00 Uhr.

Mit Schreiben vom 26.11.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag dem Angebot der D***, mit einer Auftragssumme von netto Euro 52.603.501,62 zu erteilen.

Die Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y*** (idF. Antragstellerin) beehrte mit Schriftsatz vom 10.12.2007 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf die Untersagung der Zuschlagserteilung und Aussetzung der Zuschlagsentscheidung. Diese Anträge waren mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden. Die Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y*** in der Fassung Antragstellerin) beehrte mit Schriftsatz vom 10.12.2007 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf die Untersagung der Zuschlagserteilung und Aussetzung der Zuschlagsentscheidung. Diese Anträge waren mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 17.12.2007, GZ N/0121- BVA/07/2007-EV12, insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution untersagt wurde, im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 21. Jänner 2008, der D*** den Zuschlag zu erteilen.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

An der Angebotsöffnung habe ein Vertreter der Antragstellerin teilgenommen, dadurch habe sie Kenntnis der angebotenen Nettoangebotspreise. Daraus ergebe sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um 23,09% preislich günstiger sei als jenes der Antragstellerin, welches preislich an zweiter Stelle liege. Mit Fax vom 14.8.2007 habe der Auftraggeber ein Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin übermittelt. Darin habe er sehr konkret und abschließend spezifiziert, welche Unterlagen nachzureichen seien. Darüber hinaus habe der Auftraggeber durch folgende Festlegung klargestellt, dass die geforderten Unterlagen jedenfalls innerhalb der festgelegten Frist vorgelegt werden müssten:

"Sie werden einmalig gem § 231 Abs 3 BVergG bzw gemäß Pkt 11.2.4 'Aufklärungen' gem Teil A 'Ausschreibungsunterlagen' höflich aufgefordert, die oben angeführten erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern. Ihre Nachreichungen bzw Erläuterungen müssen bis einschließlich Montag, den 27.8.2007 [...] bei der BEG eingehen, widrigenfalls die Prüfung der Eignung auf Basis der bereits vorliegenden Unterlagen ihres Angebots erfolgt." "Sie werden einmalig gem Paragraph 231, Absatz 3, BVergG bzw gemäß Pkt 11.2.4 'Aufklärungen' gem Teil A 'Ausschreibungsunterlagen' höflich aufgefordert, die oben angeführten erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern. Ihre Nachreichungen bzw Erläuterungen müssen bis einschließlich Montag, den 27.8.2007 [...] bei der BEG eingehen, widrigenfalls die Prüfung der Eignung auf Basis der bereits vorliegenden Unterlagen ihres Angebots erfolgt."

Weiters werde in Punkt A.11.2.3 lit e Teil A der Ausschreibungsunterlagen folgender Ausscheidensgrund verbindlich festgelegt: Weiters werde in Punkt A.11.2.3 Litera e, Teil A der Ausschreibungsunterlagen folgender Ausscheidensgrund verbindlich festgelegt:

"Angebote werden ausgeschieden, wenn Bieter es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren."

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Aufklärungsersuchen vom Auftraggeber erhalten habe. Sie gehe weiters davon aus, dass dieses in formalrechtlicher Hinsicht dieselben Festlegungen enthalten habe. Dies gelte insbesondere für die Festlegung, nach der nur einmalig zur Nachreichung bzw. Aufklärung aufgefordert werde. Der im Angebot der Antragstellerin benannte Bauleiter habe nämlich nach dem 27.8.2007 den Anruf eines Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten, worin sich dieser erkundigt habe, ob etwa gerade das Baulos XXX, welches von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und einem Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft gemeinsam erbracht worden sei, die Anforderung an die Referenzprojekte der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen erfülle. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit erst nach Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist für die Nachreichung bzw. Aufklärung versucht habe, Informationen über die von ihr bereits im Angebot nachzuweisenden Referenzprojekte zu beschaffen. Obwohl demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frist gemäß dem Aufklärungsersuchen bis 27.8.2007 nicht eingehalten habe, habe ihr der Auftraggeber entgegen § 269 Abs 3 BVergG und den Festlegungen in Punkt A.11.2.3 lit e Teil A ganz offensichtlich eine zweite Möglichkeit zur Nachreichung bzw. Aufklärung eingeräumt. Der Auftraggeber verletze damit § 269 Abs 3 BVergG und darüber hinaus seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Aufklärungsersuchen vom Auftraggeber erhalten habe. Sie gehe weiters davon aus, dass dieses in formalrechtlicher Hinsicht dieselben Festlegungen enthalten habe. Dies gelte insbesondere für die Festlegung, nach der nur einmalig zur Nachreichung bzw. Aufklärung aufgefordert werde. Der im Angebot der Antragstellerin benannte Bauleiter habe nämlich nach dem 27.8.2007 den Anruf eines Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten, worin sich dieser erkundigt habe, ob etwa gerade das Baulos römisch 30, welches von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und einem Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft gemeinsam erbracht worden sei, die Anforderung an die Referenzprojekte der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen erfülle. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit erst nach Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist für die Nachreichung bzw. Aufklärung versucht habe, Informationen über die von ihr bereits im Angebot nachzuweisenden Referenzprojekte zu beschaffen. Obwohl demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frist gemäß dem Aufklärungsersuchen bis 27.8.2007 nicht eingehalten habe, habe ihr der Auftraggeber entgegen Paragraph 269, Absatz 3, BVergG und den Festlegungen in Punkt A.11.2.3 Litera e, Teil A ganz offensichtlich eine zweite Möglichkeit zur Nachreichung bzw. Aufklärung eingeräumt. Der Auftraggeber verletze damit Paragraph 269, Absatz 3, BVergG und darüber hinaus seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage.

Die Zuschlagsentscheidung sei daher jedenfalls rechtswidrig, weil der Auftraggeber dieses zweite Aufklärungsersuchen unterlassen und die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausscheiden hätte müssen. Darüber hinaus habe auch das Bundesvergabeamt bereits zu einem vergleichbaren Sachverhalt festgestellt, dass die nochmalige Aufforderung eines Bieters zur Verbesserung unzulässig und ein solches Angebot ohne weiteren Verbesserungsauftrag auszuschneiden sei.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Vergleich zum Nettoangebotspreis der Antragstellerin einen um 23,09% niedrigeren Nettoangebotspreis angeboten. Diese außergewöhnliche Preisdifferenz könne sich im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit dem "Baugrubenverbau" ergeben. In Summe habe sie für den Baugrubenverbau rund Euro XXX Mio. angeboten. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Baugrubenverbau deutlich niedrigere Preise angeboten haben, wäre erwiesen, dass die dabei angebotenen Preise im Bezug auf die zu erbringenden Leistungen gemäß § 268 BVergG nicht plausibel zusammen gesetzt seien und damit eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Gegebenenfalls wäre das Angebot auch gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Vergleich zum Nettoangebotspreis der Antragstellerin einen um 23,09% niedrigeren Nettoangebotspreis angeboten. Diese außergewöhnliche Preisdifferenz könne sich im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit dem "Baugrubenverbau" ergeben. In Summe habe sie für den Baugrubenverbau rund Euro römisch 30 Mio. angeboten. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Baugrubenverbau deutlich niedrigere Preise angeboten haben, wäre erwiesen, dass die dabei angebotenen Preise im Bezug auf die zu erbringenden Leistungen gemäß Paragraph 268, BVergG nicht plausibel zusammen gesetzt seien und damit eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Gegebenenfalls wäre das Angebot auch gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen.

Entgegen § 272 Satz 4 BVergG enthalte die Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 keine Angaben über die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, darüber hinaus fehle jeder Hinweis auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Die Zuschlagsentscheidung erfülle damit nicht die zwingenden gesetzlichen Anforderungen gemäß § 272 BVergG und sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Entgegen Paragraph 272, Satz 4 BVergG enthalte die Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 keine Angaben über die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, darüber hinaus fehle jeder Hinweis auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Die Zuschlagsentscheidung erfülle damit nicht die zwingenden gesetzlichen Anforderungen gemäß Paragraph 272, BVergG und sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, und zwar insbesondere in ihrem Recht auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung, die den inhaltlichen Anforderungen des § 272 BVergG entspricht, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur an die Antragstellerin in Betracht kommt, auf Ausschluss der D*** insbesondere wegen nicht fristgemäßer Nachreichung von Unterlagen und wegen Vorliegens einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (spekulative Preisgestaltung), auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht. Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, und zwar insbesondere in ihrem Recht auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung, die den inhaltlichen Anforderungen des Paragraph 272, BVergG entspricht, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur an die Antragstellerin in Betracht kommt, auf Ausschluss der D*** insbesondere wegen nicht fristgemäßer Nachreichung von Unterlagen und wegen Vorliegens einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (spekulative Preisgestaltung), auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht.

Durch die Abgabe eines ausführlichen Angebotes und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss nachgewiesen. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang von rund Euro XXX,-. Ferner würden ihr durch die rechtswidrige Beauftragung Geschäftsgemeinkosten von rund Euro XXX,- entgehen. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebotes sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca. Euro XXX,- (exkl. MWSt) frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits rund Euro XXX,- (exkl. MWSt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Auch stünden einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers entgegen. Ebenso seien keine besonderen öffentlichen Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, ersichtlich. Durch die Abgabe eines ausführlichen Angebotes und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss nachgewiesen. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang von rund Euro römisch 30,-. Ferner würden ihr durch die rechtswidrige Beauftragung Geschäftsgemeinkosten von rund Euro römisch 30,- entgehen. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebotes sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca. Euro römisch 30,- (exkl. MWSt) frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits rund Euro römisch 30,- (exkl. MWSt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Auch stünden einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers entgegen. Ebenso seien keine besonderen öffentlichen Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, ersichtlich.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und brachte in seinem Schriftsatz vom 13.12.2007 Einwendungen gegen die beantragte einstweilige Verfügung vor:

Gegenstand der Ausschreibung seien die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke

Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; diese Bauleistungen stellten einen Teil des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona dar. Aufgrund des nahen Baubeginns müssten ab sofort die entsprechenden Pläne und Unterlagen erstellt bzw. die entsprechenden Bauvorbereitungen durchgeführt werden, um einen reibungslosen Ablauf bei Baubeginn zu gewährleisten. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einer dadurch bedingten Verzögerung von sechs Wochen sei die ordnungsgemäße Bauvorbereitung nicht gewährleistet, weshalb der Baubeginn entsprechend verschoben werden müsste. Der verzögerte Baubeginn würde zu wesentlichen Mehrkosten bzw. Schäden auf Seiten des Auftraggebers führen. Konkret könnten die für den Bau unbedingt erforderlichen Spundbohlen nicht rechtzeitig bestellt werden. Der Wert der Spundbohlen liege in mehrfacher Millionenhöhe; durch die Nichtbenützung der umsonst bestellten Spundbohlen würde ein erheblicher Schaden entstehen. Spundbohlen müssten ca. drei Monate vor Rammbeginn bestellt werden. Da diese ab Mitte März benötigt würden, müssten sie daher von dem jetzt zu beauftragenden Auftragnehmer sofort (d.h. unverzüglich nach geplanter Zuschlagserteilung) bestellt werden. Die Notwendigkeit der rechtzeitigen Bestellung bzw. die konkreten und nachweisbaren, erheblichen Kosten der Spundbohlen seien branchenweit bekannt. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden die Spundbohlen nicht rechtzeitig geliefert werden und es würde sich der gesamte Bauablauf verzögern, was voraussichtlich ein erhebliches Mehrkostenpotenzial darstelle. Bei einer Verzögerung mit dem Baubeginn könnten auch weitere, mit den Bauarbeiten zusammenhängende Dienstleistungen nicht in Angriff genommen werden, die Vorhaltung von unternehmerischen Ressourcen müsste aber seitens des Auftraggebers abgegolten werden. So sei der die Ausschreibung und das Vergabeverfahren begleitende Auftragnehmer für die ÖBA im Zusammenhang mit Vorbereitungsarbeiten ab Jänner 2008 mit verstärkter Mannschaft im Einsatz. Eine kurzfristige Personaldisposition sei im Hinblick auf die Ungewissheit der Verfahrensdauer und der Verfahrensentscheidung nicht oder nur eingeschränkt möglich. Somit sei der Aufwand für die Mannschaft der zuständigen ÖBA vorläufig frustriert. An frustrierten Kosten fielen im Jänner 2008 rund Euro XXX im Februar 2008 rund Euro XXX und ab März 2008 rund Euro XXX je Monat an. Ausgehend von einer sechswöchigen Verzögerung der Inangriffnahme der Leistungen der ÖBA durch ein Nachprüfungsverfahren entstünde daher schon im Hinblick auf die Kosten der ÖBA ein frustrierter Aufwand von rund Euro XXX (netto). Gegenstand der Ausschreibung seien die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; diese Bauleistungen stellten einen Teil des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona dar. Aufgrund des nahen Baubeginns müssten ab sofort die entsprechenden Pläne und Unterlagen erstellt bzw. die entsprechenden Bauvorbereitungen durchgeführt werden, um einen reibungslosen Ablauf bei Baubeginn zu gewährleisten. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einer dadurch bedingten Verzögerung von sechs Wochen sei die ordnungsgemäße Bauvorbereitung nicht gewährleistet, weshalb der Baubeginn entsprechend verschoben werden müsste. Der verzögerte Baubeginn würde zu wesentlichen Mehrkosten bzw. Schäden auf Seiten des Auftraggebers führen. Konkret könnten die für den Bau unbedingt erforderlichen Spundbohlen nicht rechtzeitig bestellt werden. Der Wert der Spundbohlen liege in mehrfacher Millionenhöhe; durch die Nichtbenützung der umsonst bestellten Spundbohlen würde ein erheblicher Schaden entstehen. Spundbohlen müssten ca. drei Monate vor Rammbeginn bestellt werden. Da diese ab Mitte März benötigt würden, müssten sie daher von dem jetzt zu beauftragenden Auftragnehmer sofort (d.h. unverzüglich nach geplanter Zuschlagserteilung) bestellt werden. Die Notwendigkeit der rechtzeitigen Bestellung bzw. die konkreten und nachweisbaren, erheblichen Kosten der Spundbohlen seien branchenweit bekannt. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden die Spundbohlen nicht rechtzeitig geliefert werden und es würde sich der gesamte Bauablauf verzögern, was voraussichtlich ein erhebliches Mehrkostenpotenzial darstelle. Bei einer Verzögerung mit dem Baubeginn könnten auch weitere, mit den Bauarbeiten zusammenhängende Dienstleistungen nicht in Angriff genommen werden, die Vorhaltung von unternehmerischen Ressourcen müsste aber seitens des Auftraggebers abgegolten werden. So sei der die Ausschreibung und das Vergabeverfahren begleitende Auftragnehmer für die ÖBA im Zusammenhang mit Vorbereitungsarbeiten ab Jänner 2008 mit verstärkter Mannschaft im Einsatz. Eine kurzfristige Personaldisposition sei im Hinblick auf die Ungewissheit der Verfahrensdauer und der Verfahrensentscheidung nicht oder nur eingeschränkt möglich. Somit sei der Aufwand für die Mannschaft der zuständigen ÖBA vorläufig frustriert. An frustrierten Kosten fielen im Jänner 2008 rund Euro römisch 30 im Februar 2008 rund Euro römisch 30 und ab März 2008 rund Euro römisch 30 je Monat an. Ausgehend von einer sechswöchigen Verzögerung der Inangriffnahme der Leistungen der ÖBA durch ein Nachprüfungsverfahren entstünde daher schon im Hinblick auf die Kosten der ÖBA ein frustrierter Aufwand von rund Euro römisch 30 (netto).

Da die gegenständliche Ausschreibung AS178 einen Teil des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona

betreffe, würde eine Verzögerung der Baumaßnahmen des Bauloses H2-2 außerdem nicht nur für dieses Los, sondern auch für Nachfolgelose erhebliche (bauwirtschaftliche) Schäden und Mehrkosten bzw. beträchtliche Nachtragskosten hervorrufen und den gesamten Bau der Unterinntaltrasse verzögern: Der Gesamtfertigstellungstermin der Unterinntalbahn Ende 2012 wäre u. a. aufgrund von verspäteten Übergabemöglichkeiten des Baulosbereiches H2-2 an die Auftragnehmer des Nachbarbauloses H1 (Durchführbarkeit bestimmter Baumaßnahmen nur in den Wintermonaten bzw. nur in den Sommermonaten) und des Gesamtbauloses an die Auftragnehmer der Ausrüstungslose A (fehlende Zufahrtsmöglichkeit) verzögert; zu beachten sei außerdem die Unzulässigkeit von Straßenoberbauarbeiten auf der Tiroler Landesstraße B 171 in den Monaten November bis März. Damit würde im Baulos H1 sowie in den Ausrüstungslosen A mehrere pönalisierte Termine nicht mehr einzuhalten sein und ein beträchtlicher Mehraufwand bei der Umplanung entstehen. Eine Zeitverzögerung von einem Jahr sei somit höchstwahrscheinlich. Zudem wäre in einem Ausrüstungslos eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen notwendig, welche jedoch nicht mehr möglich sei, da sich dieses bereits im Stadium der Angebotprüfung befinde.

Dazu kämen nicht näher bezifferbare volkswirtschaftliche Schäden bzw. öffentliche Interessen wie insbesondere die verspätete Fertigstellung der Unterinntalstrecke, die verspätete Inbetriebnahme der internationalen Transitstrecke und die erneute terminliche Koordination damit verbundener Vergabeverfahren. An der Fertigstellung dieses international geförderten Projekts bestehe nicht nur nationales, sondern europaweites, internationales Interesse. Doch einen gestörten Bauablauf könnten politische, internationale Vorgaben und internationale Verträge nicht eingehalten werden. Das internationale Interesse an der Bereinigung der Transitproblematik im Unterinntal wäre somit erheblich beeinträchtigt. Weiters wären verbindlich festgelegte Termine mit der ÖBB für Gleiseingriffe und Rahmenverträge nicht haltbar und müssten neu abgestimmt werden. Auch würden doch eine Verzögerung die Ressourcen für den öffentlichen Nah- und Fernverkehr der ÖBB nicht genutzt werden können; Einnahmen von einem ganzen Jahr gingen verloren.

Aus diesen angeführten Gründen ergebe sich ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, weshalb der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen sei. Sollte das Bundesvergabeamt jedoch dem Antrag stattgeben, so stelle die Untersagung der Zuschlagserteilung die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar.

Der geschätzte Auftragswert des gesamten Projektes "Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen" des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona wurde vom Auftraggeber mit rund Euro 2 Milliarden (netto), jener des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 mit rund Euro 79.850.000,-- (ohne USt) beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Zum Nachprüfungsantrag führte der Auftraggeber mit Schriftsätzen vom 18.12.2007 sowie 15.1.2008 aus, dass das Angebot der Antragstellerin Mängel enthielte, die nicht behoben bzw. nicht behebbar seien, weshalb der Antragstellerin die Antragslegitimation fehle. Gemäß Pkt 10.1.1, Teil A der Ausschreibungsunterlage, seien die "Unterlagen zum Baugrubenverbau nach freier Wahl des Bieters" jeweils sowohl vom "Ersteller" als auch von einem Prüfenieur zu unterfertigen. Mit der Einladung zum 1. Aufklärungsgespräch vom 29.8.2007 sei der Antragstellerin aufgetragen worden, einen Vorabzug ihrer Antworten auf die Fragen des im Schreiben beigelegten Fragenkataloges zum 1. Aufklärungsgespräch bis zum 7.9.2007 an den Auftraggeber zu übermitteln. Frage Nr. 2 des Fragenkataloges vom 29.8.2007 habe die Kurzfassung der statischen Nachweise betroffen; aufgrund von Differenzen zwischen dem Bemessungswasserspiegel und den angegebenen Werten der Kurzfassung sei um Bestätigung ersucht worden, dass die Bemessungswasserspiegel gemäß dem bautechnischen Längenschnitt berücksichtigt worden seien und zur Nachreichung entsprechender Unterlagen aufgefordert worden. Im Zuge des 1.

Aufklärungsgesprächs vom 13.9.2007 sei ein Verbesserungsbedarf der darin vorgelegten Unterlagen festgestellt worden. Die Antragstellerin habe dazu angegeben, die entsprechenden Unterlagen bis zum 26.9.2007 nachzureichen. Im Besprechungsprotokoll des 1. Aufklärungsgesprächs sei zusätzlich explizit festgehalten, "dass alle nachzureichenden Unterlagen bis spätestens zum jeweils angeführten Termin (vorab per E-Mail) zu übermitteln sind. Sollten diese nicht oder verspätet eingereicht werden bzw. nicht hinreichend genau ausgeführt sein, so ist dies in der Sphäre des Bieters und treffen alle hieraus resultierenden Nachteile den Bieter."

Bei der am 26.9.2007 nachgereichten Kurzfassung der statischen Nachweise habe aber die zwingend geforderte Unterschrift des "Erstellers" gefehlt.

Mit Schreiben vom 2.10.2007 sei die Antragstellerin daher in Vorbereitung des 2. Aufklärungsgespräches aufgefordert worden, die in der Nachreichung vom 26.9.2007 fehlende Fertigung der Kurzfassung der statischen Nachweise im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches nachzureichen. Dessen ungeachtet habe auch bei der im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches vom 9.10.2007 vorgelegten Kurzfassung die Unterfertigung des "Erstellers" gefehlt. Die Antragstellerin habe es somit keine ausreichend unterfertigten Unterlagen vorgelegt, weshalb das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG auszuschneiden wäre. Darüber hinaus verstoße der statische Nachweis auch aus technisch-inhaltlicher Sicht gegen die Ausschreibungsbedingungen, da die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage hinsichtlich der Wahl des Bemessungswasserspiegels nicht eingehalten worden seien. Weiters habe die Antragstellerin in den mit dem Angebot eingereichten Kurzfassungen der statischen Nachweise (sowie auch in den eigentlichen statischen Nachweisen) die Abschnitte A + B und C + D zusammengefasst und somit gegen die Vorgabe, für jeden Abschnitt mindestens einen Berechnungsquerschnitt zu erstellen, verstoßen. Darüber hinaus sei für die Abschnitte A + B tatsächlich gar kein Berechnungsquerschnitt erstellt worden und seien die Gültigkeitsbereiche der statischen Nachweise jeweils abweichend von den örtlich festgelegten Abschnitten A - Q definiert worden. Mit Schreiben vom 2.10.2007 sei die Antragstellerin daher in Vorbereitung des 2. Aufklärungsgespräches aufgefordert worden, die in der Nachreichung vom 26.9.2007 fehlende Fertigung der Kurzfassung der statischen Nachweise im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches nachzureichen. Dessen ungeachtet habe auch bei der im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches vom 9.10.2007 vorgelegten Kurzfassung die Unterfertigung des "Erstellers" gefehlt. Die Antragstellerin habe es somit keine ausreichend unterfertigten Unterlagen vorgelegt, weshalb das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschneiden wäre. Darüber hinaus verstoße der statische Nachweis auch aus technisch-inhaltlicher Sicht gegen die Ausschreibungsbedingungen, da die Vorgaben der Ausschreibungsunterlage hinsichtlich der Wahl des Bemessungswasserspiegels nicht eingehalten worden seien. Weiters habe die Antragstellerin in den mit dem Angebot eingereichten Kurzfassungen der statischen Nachweise (sowie auch in den eigentlichen statischen Nachweisen) die Abschnitte A + B und C + D zusammengefasst und somit gegen die Vorgabe, für jeden Abschnitt mindestens einen Berechnungsquerschnitt zu erstellen, verstoßen. Darüber hinaus sei für die Abschnitte A + B tatsächlich gar kein Berechnungsquerschnitt erstellt worden und seien die Gültigkeitsbereiche der statischen Nachweise jeweils abweichend von den örtlich festgelegten Abschnitten A - Q definiert worden.

In der Pos 01 130205A Z ZGKB GESAMTBAUZEIT-GRUNDPOSITION habe die Antragstellerin Wintererschwernisse für Beton berücksichtigt, obwohl eine eigene Position im Leistungsverzeichnis 01 1307150 Z des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage hierfür vorgesehen sei. Im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches sei die Antragstellerin ersucht worden, die Kalkulation der Wintererschwernisse für Beton in der Pos 01 130205A Z zu erläutern. Die Antragstellerin habe dazu angegeben, dass auch Aufwendungen für die Position "Wintererschwernis Beton", ebenso wie der Personaleinsatz, zeitgebundene Kosten seien; daher seien diese nicht in der Position 01 1307150 Z, sondern (bewusst) in der Position 01 130205 A Z kalkuliert worden. Damit verstoße die Antragstellerin ausdrücklich gegen die Vorgaben in der Ausschreibungsunterlage, Pkt 10.6.1 Teil A. Durch die Berücksichtigung der Wintererschwernis in der Grundposition und nicht in der dafür vorgesehenen Position "Bausstellengemeinkosten Winter" habe die Antragstellerin nicht nur ein ausschreibungswidriges, sondern auch ein spekulatives Angebot abgegeben: Die Position "Zus. Bausstellengemeinkosten Winter" sehe die Angabe eines Einheitspreises vor, der nur je angefangenes Kalenderjahr vergütet werde, die von der Antragstellerin verwendete Grundposition für die Baustellengemeinkosten werde aber aliquot zur Leistungserbringung abgegolten. Dieser Kalkulationsfehler könne iS einer Bietergleichbehandlung und Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs nicht behoben werden (eine - nachträgliche Änderung der Kalkulation würde zu einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung führen).

Die Kosten der Schneeräumung seien im Leistungsverzeichnis unter der Pos "01 1307150 Z Zus. Baustellengemeinkosten Winter" des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage vorgesehen. Dennoch habe die Antragstellerin die Schneeräumung in der Position "01 131103A Z BAUSTRASSE INSTANDHALTEN 26,500 -28,890" kalkuliert. Im Zuge des 2. Aufklärungsgespräches habe die Antragstellerin dazu angegeben, dass im Langtext zur Position 01 131103A Z das dauernde Feuchthalten der Baustraße (inkl. Taumittel) abgegolten werde und daher in dieser Position die Schneeräumung kalkuliert worden sei. Dies stelle einen klaren Verstoß gegen Pkt 10.6.1 Teil A der

Ausschreibungsunterlage dar. Diese Fehlkalkulation führe überdies zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin, da die Kosten für die Schneeräumung als einmal jährlich abzugeltende Pauschalkosten zu kalkulieren gewesen seien. Die Antragstellerin aber diese in eine monatlich abzugeltende Position kalkuliert habe.

Weiters habe die Antragstellerin die Kosten für den Kauf der Spundbohlen in Höhe vom Euro XXX,-- in der Pos "01 1303020 Z BE und BR-GRUNDPOSITION" kalkuliert, obwohl diese laut Ausschreibungsunterlage unter der Pos "01 130304A. Z AUF. ZUS. BE/BR BGV" zu verzeichnen gewesen wären, weshalb das Angebot auch aus diesem Grunde auszuschneiden wäre. Weiters habe die Antragstellerin die Kosten für den Kauf der Spundbohlen in Höhe vom Euro römisch 30 ,-- in der Pos "01 1303020 Z BE und BR-GRUNDPOSITION" kalkuliert, obwohl diese laut Ausschreibungsunterlage unter der Pos "01 130304A. Z AUF. ZUS. BE/BR BGV" zu verzeichnen gewesen wären, weshalb das Angebot auch aus diesem Grunde auszuschneiden wäre.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin in Pos 11 190149B Z Beton Nischen - Wannenquerschnitt - QZ/QN des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage anstelle der geforderten Betonsorte C25/30(56)/BS1A die Betonqualität C25/30/BS1D. angeboten. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche somit offenkundig der bestandfesten Ausschreibungsunterlage. Insbesondere seien insoweit weder technische Alternativangebote noch Abänderungsangebote zugelassen. Gemäß Pkt. A.11.2.3 lit i seien unzulässige Alternativangebote und Abänderungsangebote sogar auszuschneiden. Die im Rahmen des 2. Aufklärungsgespräches versuchte Änderung der angebotenen Betonqualität sei daher selbstverständlich unzulässig. Durch die nachträgliche (mündliche) Richtigstellung der Betonsorte werde der Wert der angebotenen Leistung beeinflusst und damit die Wettbewerbsstellung materiell verändert; es liege daher ein unbehebbarer Mangel vor. Darüber hinaus habe die Antragstellerin in Pos 11 190149B Z Beton Nischen - Wannenquerschnitt - QZ/QN des Teils G.4 der Ausschreibungsunterlage anstelle der geforderten Betonsorte C25/30(56)/BS1A die Betonqualität C25/30/BS1D. angeboten. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche somit offenkundig der bestandfesten Ausschreibungsunterlage. Insbesondere seien insoweit weder technische Alternativangebote noch Abänderungsangebote zugelassen. Gemäß Pkt. A.11.2.3 Litera i, seien unzulässige Alternativangebote und Abänderungsangebote sogar auszuschneiden. Die im Rahmen des 2. Aufklärungsgespräches versuchte Änderung der angebotenen Betonqualität sei daher selbstverständlich unzulässig. Durch die nachträgliche (mündliche) Richtigstellung der Betonsorte werde der Wert der angebotenen Leistung beeinflusst und damit die Wettbewerbsstellung materiell verändert; es liege daher ein unbehebbarer Mangel vor.

Weiters habe die Antragstellerin bei der Detailkalkulation einen Humusabtrag von 29.100 m² berücksichtigt, obwohl dieser in der betreffenden Position "01 130303C Z HAUPT-BE-FLÄCHE BE1" nicht vorgesehen sei. Im zweiten Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin dazu angegeben, dass dieser Humusabtrag vorsorglich für eventuell mögliche Aufwendungen angesetzt worden sei. Derartige Vorkehrungen seien jedoch nicht gefordert bzw. nicht zulässig. Auch insofern widerspreche das Angebot der Antragstellerin der Ausschreibungsunterlage und sei im Sinne der Gleichbehandlung und Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs auszuschneiden.

Aus all den oben genannten Gründen folge, dass die Antragstellerin kein für den Zuschlag geeignetes Angebot gelegt habe. Wenngleich das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden worden sei, hätte es aufgrund unbehebbarer Mängel ausgeschieden werden müssen und sei für eine Zuschlagserteilung überhaupt nicht in Betracht zu ziehen gewesen.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007, brachte die D***, vertreten durch Z*** (idF präsumtiver Zuschlagsempfänger), fristgerecht begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vor, welche mit Schriftsatz vom 15.1.2008 noch inhaltlich ergänzt wurden. Mit Schriftsatz vom 20.12.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 21.12.2007, brachte die D***, vertreten durch Z*** in der Fassung präsumtiver Zuschlagsempfänger), fristgerecht begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vor, welche mit Schriftsatz vom 15.1.2008 noch inhaltlich ergänzt wurden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Gemäß § 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von

Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Das Nachprüfungsverfahren kann aus ermittlungstechnischen Gründen nicht bis zum 21.1.2008 abgeschlossen werden. Die Voraussetzungen, die am 17.12.2007 zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt haben, bestehen jedoch fort. Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen zu erstrecken.

Dokumentnummer

VERGT_20080121_N_0121_BVA_07_2007_EV32_00

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