

TE Verg Bescheid 2007/9/25 N/0086-BVA/07/2007-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.09.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), BGBl. I Nr. 17/2006, 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 "AP065 ÖBA Erkundungsstollen Aicha-Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A", bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, vertreten durch Y***, vom 18. September 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, 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 "AP065 ÖBA Erkundungsstollen Aicha-Mauls" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Grabenweg 3, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft "A", bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, vertreten durch Y***, vom 18. September 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Verfahren ('Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP065 Örtliche Bauaufsicht, Erkundungsstollen Aicha - Mauls') zu erteilen und die

Zuschlagsentscheidung vom 4.9.2007 ausgesetzt wird", wird insoweit stattgegeben, als es dem Auftraggeber untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Oktober 2007, den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AP065 ÖBA Erkundungsstollen Aichau-Mauls" wurde als Dienstleistungsauftrag der Kategorie Nummer 12 in einem offenen Verfahren am 21.3.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2007/S 56-069178 bekannt gemacht. Auftragsgegenstand ist die örtliche Bauaufsicht sowie die Durchführung von Fachleistungen in den Bereichen Geologie, Geomechanik, Sicherheit, Qualität, Vermessung, Recht und Informatik, die für die Leitung der Bauarbeiten im Zuge der Errichtung des Erkundungsstollens des Brenner Basistunnels im Bereich Aicha-Mauls erforderlich sind. Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 11.5.2007. Neben der Antragstellerin hatten fünf weitere Bieter Angebote gelegt.

Gemäß Punkt 8.6.2 Teil A1 der Ausschreibungsunterlage gilt während der Abwicklung des Vergabeverfahrens die deutsche Sprache als rechtsverbindlich, wobei das Vergabeverfahren dem österreichischen Recht unterliegt.

Mit Schreiben vom 4.9.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G***, zu ihrem Angebot mit einer Auftragssumme von netto Euro 2.413.836,65 zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 18.9.2007 das im Spruch wiedergegebene Begehren, sowie folgende Eventualbegehren:

- -Strichaufzählung

"auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin untersagt wird, den Zuschlag im gegenständlichen Verfahren ('Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP065 Örtliche Bauaufsicht, Erkundungsstollen Aicha - Mauls') zu erteilen;

in eventu

- auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der die Zuschlagsentscheidung vom 4.9.2007 ausgesetzt wird."

Diese Anträge waren mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Gemäß Punkt 9.4 Teil A bzw. Punkt 1 Teil K der Ausschreibungsunterlage werde der Bestbieter auf Basis der Zuschlagskriterien "Preis" (40%) und "Qualität" (60%) ermittelt. Das Zuschlagskriterium "Qualität" sei in die Subkriterien "Schlüsselpersonal" (90%) und "Hearing" (10%) unterteilt. Das Subkriterium "Schlüsselpersonal" gliedere sich wiederum in 9 Kriterien: "Bauleiter", "Sicherheitskoordinator", "Abschnittsleiter Tunnelportal Aicha", "Abschnittsleiter Tunnelportal Mauls", "Beauftragter Bearbeiter der geotechnischen Beweissicherung", "Beauftragter Bearbeiter Geologie", "Beauftragter Bearbeiter Umwelt", "Beauftragter Bearbeiter Datenmanagement" und "Beauftragter Bearbeiter Vermessung". Diese 9 Kriterien seien zusätzlich jeweils in die Kriterien "Allgemeine Angaben" (30%) und "Referenzprojekt" (70%) untergliedert. Anlage K 2 enthalte eine Tabelle mit Bewertungspunkten zum Subkriterium "Schlüsselpersonal". Gemäß Anlage K1 werde das Subkriterium "Hearing" anhand der Kriterien "Vorstellung der Arbeitsgruppe und Organisation der Tätigkeiten" (30%), "Antworten auf den Fragenkatalog" (50%) und "Diskussion" (20%) bewertet. Demgegenüber würden in Anlage K 2 die Kriterien "Vorstellung der Arbeitsgruppe", "Organisation der Tätigkeiten" und "Diskussion" zur Bewertung des Hearings angeführt sein.

Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt und sei zu einem Hearing, welches am 30.5.2007 stattgefunden habe, eingeladen worden. Die ihr am 4.9.2007 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft G*** sei aufgrund unrichtiger Bewertung des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig.

Insbesondere sei sie in folgenden 14 Kriterien falsch beurteilt worden:

Kriterium	Bewertung durch den AG	Richtige Bewertung
-----------	---------------------------	-----------------------

"Bauleiter" (Hr. H***)	10 Punkte	20 Punkte
"Allgemeine Angaben"		
im Punkt "Seit wann sind Sie als Bauleiter tätig"		
"Bauleiter" (Hr. H***)	5 Punkte	10 Punkte
"Allgemeine Angaben"		
im Punkt "Seit wann sind Sie als Bauleiter im Bereich Tiefbauten tätig"		
"Sicherheitskoordinator in der Ausführungsphase" (Hr. I***) "Allgemeine Angaben" im Punkt "Seit wann üben sie den Beruf des Sicherheitskoordinators bei Tiefbauten aus?"	10 Punkte	20 Punkte
"Sicherheitskoordinator in der Ausführungsphase" (Hr. I***) "Referenzprojekt A2" im Punkt "Tunneldurchmesser"	2 Punkte	10 Punkte
"Sicherheitskoordinator in der Ausführungsphase" (Hr. I**), "Referenzprojekt A2" im Punkt "Länge des konventionell vorgetriebenen Abschnitts"	2 Punkte	10 Punkte
"Abschnittleiter des Tunnelportals Aicha" (Hr. J**), "Allgemeine Angaben" im Punkt "Gesamtbetrag der Tiefbauarbeiten im TBM-Vortrieb die sie im Rahmen einer Bauleitung/Bausstellen-	20 Punkte	10 Punkte

leitung koordiniert haben"

"Abschnittsleiter 5 Punkte 10 Punkte

Tunnelportal Mauls" (Hr K***),

"Referenzprojekt A4"

im Punkt "Länge des

konventionell vorge-

triebenen Abschnitts"

"Zuständiger Geotechnisches 10 Punkte 20 Punkte

Messen im Tunnel" (Hr L***),

"Referenzprojekt A5" im

Punkt "Tunnellänge"

"Zuständiger Geotechnisches 6 Punkte 10 Punkte

Messen im Tunnel" (Hr L***),

"Referenzprojekt A5" im Punkt

"Überlagerung"

"Zuständiger Bearbeiter 10 Punkte 20 Punkte

Geologie" (Hr L***),

"Referenzprojekt A6"

im Punkt "Tunnellänge"

"Zuständiger Bearbeiter 6 Punkte 10 Punkte

Geologie" (Hr L***),

"Referenzprojekt A6"

im Punkt "Überlagerung"

"Zuständiger Bearbeiter 0 Punkte 20 Punkte

Umwelt" (Fr. M***),

"Allgemeine Angaben"

im Punkt "Größte

Zusammensetzung der

Organisationsstruktur,

die Sie im Rahmen der

ökologischen Beweissicherung

(Baubegleitung koordiniert

bzw geleitet haben?"

"Zuständiger Bearbeiter 10 Punkte 20 Punkte

Datenmanagement" (Hr. N***),

"Allgemeine Angaben" im Punkt

"Anzahl der Informationssysteme

für das Management der

Baustellentätigkeit bzw.
der Bauleitung von
Großprojekten im Tiefbau,
für die Sie verantwortlich
waren bzw. in der
Implementierungsphase
koordiniert haben"

SUMME (ohne Gewichtung)

86 Punkte

170 Punkte

Das Angebot der Antragstellerin hätte im Hinblick auf das Zuschlagskriterium "Qualität" somit richtigerweise mit zumindest 170 Punkten (ungewichtet) bewertet werden müssen. Laut Niederschrift der Angebotsbewertung sei der Teil 3 des Hearings "Diskussion der vorhergegangenen Themen und der Qualität der Angebotsunterlagen" mit der Note 2 bewertet worden. In der Begründung, die im Sinne der Judikatur als nicht ausreichend verbal begründet zu qualifizieren sei, sei ausgeführt, dass für das Datenmanagement der "Teil zur administrativen Verwaltung" fehle oder nicht präsentiert worden sei. Nicht nachvollziehbar sei dabei, wie dies zu einer schlechteren Bewertung im Kriterium "Diskussion der vorhergegangenen Themen und der Qualität der Angebotsunterlagen" führen könne. Unabhängig habe die Antragstellerin ein vollständiges und erprobtes Datenmanagementprogramm präsentiert. Weiters habe sie im Hearing darauf hingewiesen, dass das Datenmanagementprogramm um ein Modul erweitert und ein vom Auftraggeber gewünschtes oder verwendetes Abrechnungsprogramm integriert werden könne. Auch die weitere Begründung, dass die Antragstellerin die in Italien zur Anwendung kommenden Bestimmungen "nicht so sehr kenne" sei unrichtig. Gemäß Teil H1.1 Punkt 4.2 der Ausschreibungsunterlage sei im Hearing ein schriftlicher Bericht vorzulegen. Diesen habe die Antragstellerin auch im Hearing abgegeben und darin unter Verweis auf C*** und Herrn O*** ausdrücklich angeführt, dass sie eine sehr gute Kenntnis der anzuwendenden italienischen Gesetzesbestimmungen habe. Eine sehr gute Kenntnis der geltenden Rechtslage ergebe sich im Übrigen schon daraus, dass vier der fünf Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft aus Italien stammten. Die Antragstellerin hätte daher auch im Hearing Teil 3, mit der Bestnote bewertet werden müssen. Die Angebotsbewertung sei weder datiert, noch unterfertigt worden. Darüber hinaus sei auch nicht gesondert ausgewiesen, welche Kommissionsmitglieder die Bewertung vorgenommen hätten. Völlig unklar sei auch, wie die von der Bewertungskommission vergebenen Schulnoten in Bewertungspunkte umgerechnet worden seien. Die von den Angaben in den Referenzblättern bzw. zum Schlüsselpersonal abweichenden Bewertungen seien nicht verbal begründet. Die Antragstellerin sei niemals um Aufklärung zu ihrem Angebot ersucht worden. Die Antragstellerin verfüge aufgrund des Referenzprojektes "Gotthard-Basistunnel" über eine herausragende Referenz, weshalb der präsumtive Zuschlagsempfänger im Zuschlagskriterium "Qualität" jedenfalls schlechter bewertet hätte werden müssen. In der am 4.9.2007 übermittelten Zuschlagsentscheidung sei weder das Ende der Stillhaltefrist, noch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, noch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes angeführt. Ein Fall, der eine Ausnahme von der Informationspflicht erlauben würde, liege gegenständlich nicht vor. Der Auftraggeber habe daher gegen § 131 Abs 1 BVergG verstoßen. Das Angebot der Antragstellerin hätte im Hinblick auf das Zuschlagskriterium "Qualität" somit richtigerweise mit zumindest 170 Punkten (ungewichtet) bewertet werden müssen. Laut Niederschrift der Angebotsbewertung sei der Teil 3 des Hearings "Diskussion der vorhergegangenen Themen und der Qualität der Angebotsunterlagen" mit der Note 2 bewertet worden. In der Begründung, die im Sinne der Judikatur als nicht ausreichend verbal begründet zu qualifizieren sei, sei ausgeführt, dass für das Datenmanagement der "Teil zur administrativen Verwaltung" fehle oder nicht präsentiert worden sei. Nicht nachvollziehbar sei dabei, wie dies zu einer schlechteren Bewertung im Kriterium "Diskussion der vorhergegangenen Themen und der Qualität der Angebotsunterlagen" führen könne. Unabhängig habe die Antragstellerin ein vollständiges und erprobtes Datenmanagementprogramm präsentiert. Weiters habe sie im Hearing darauf hingewiesen, dass das Datenmanagementprogramm um ein Modul erweitert und ein vom Auftraggeber gewünschtes oder verwendetes Abrechnungsprogramm integriert werden könne. Auch die weitere Begründung, dass die Antragstellerin die in Italien zur Anwendung kommenden Bestimmungen "nicht so sehr kenne" sei unrichtig. Gemäß Teil H1.1 Punkt 4.2 der Ausschreibungsunterlage sei im Hearing ein schriftlicher Bericht vorzulegen. Diesen habe die Antragstellerin auch im Hearing abgegeben und darin unter Verweis auf C*** und Herrn O*** ausdrücklich angeführt, dass sie eine sehr gute

Kenntnis der anzuwendenden italienischen Gesetzesbestimmungen habe. Eine sehr gute Kenntnis der geltenden Rechtslage ergebe sich im Übrigen schon daraus, dass vier der fünf Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft aus Italien stammten. Die Antragstellerin hätte daher auch im Hearing Teil 3, mit der Bestnote bewertet werden müssen. Die Angebotsbewertung sei weder datiert, noch unterfertigt worden. Darüber hinaus sei auch nicht gesondert ausgewiesen, welche Kommissionsmitglieder die Bewertung vorgenommen hätten. Völlig unklar sei auch, wie die von der Bewertungskommission vergebenen Schulnoten in Bewertungspunkte umgerechnet worden seien. Die von den Angaben in den Referenzblättern bzw. zum Schlüsselpersonal abweichenden Bewertungen seien nicht verbal begründet. Die Antragstellerin sei niemals um Aufklärung zu ihrem Angebot ersucht worden. Die Antragstellerin verfüge aufgrund des Referenzprojektes "Gotthard-Basistunnel" über eine herausragende Referenz, weshalb der präsumtive Zuschlagsempfänger im Zuschlagskriterium "Qualität" jedenfalls schlechter bewertet hätte werden müssen. In der am 4.9.2007 übermittelten Zuschlagsentscheidung sei weder das Ende der Stillhaltefrist, noch die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, noch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes angeführt. Ein Fall, der eine Ausnahme von der Informationspflicht erlauben würde, liege gegenständlich nicht vor. Der Auftraggeber habe daher gegen Paragraph 131, Absatz eins, BVergG verstoßen.

Darüber hinaus habe der Auftraggeber unzulässigerweise die Zuschlagskriterien geändert: So sei das in Anlage K1 festgelegte Kriterium "Antworten auf den Fragenkatalog" vollkommen unangewendet geblieben. Weder sei der Antragstellerin im Rahmen des Hearings ein Fragenkatalog übergeben, noch seien im Zuge des Hearings Fragen anhand eines Kataloges mündlich abgearbeitet worden. Ebenso finde sich im Bewertungsblatt kein Hinweis, dass dieses Kriterium bewertet worden wäre. Das Kriterium "Beschreibung der operativen Organisation" sei nachträglich eingeführt worden, "operative Organisation" sei jedoch nicht mit "Organisation der Tätigkeiten" gleich zu setzen. Das Kriterium "Vorstellung der Arbeitsgruppe und Organisation der Tätigkeiten" sei insofern abgeändert worden, als nunmehr die "Präsentation der Arbeitsgruppen und Referenzprojekte" bewertet worden sei, sich in den Ausschreibungsunterlagen aber keine Festlegung finde, dass die Referenzprojekte im Rahmen des Hearings noch einmal bewertet werden sollten. Damit habe sich der Auftraggeber nicht an seine eigenen Festlegungen gehalten, weshalb die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären sei. Letztlich sei für die Bewertung des Kriteriums "Hearing" auch keine ausreichende verbale Begründung erfolgt, es sei nicht ersichtlich, was schlechter und was besser bewertet worden sei.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers generell in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere erachte sie sich im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung objektiv nachvollziehbarer, konkretisierter und transparenter Zuschlagskriterien, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Berstbieterermittlung, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Bewertung der Angebote anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG, im Recht auf Zuschlagserteilung, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers, im Recht auf Ausscheiden von auszuscheidenden Angeboten, im Recht auf Ausschluss eines nicht geeigneten Unternehmens und im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt. Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers generell in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere erachte sie sich im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Festlegung objektiv nachvollziehbarer, konkretisierter und transparenter Zuschlagskriterien, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Berstbieterermittlung, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Prüfung und Bewertung der Angebote, im Recht auf detaillierte verbale Begründung der Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Bewertung der Angebote anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien, im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen, im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG, im Recht auf Zuschlagserteilung, im Recht auf Nichtberücksichtigung des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers, im Recht auf Ausscheiden von

auszuscheidenden Angeboten, im Recht auf Ausschluss eines nicht geeigneten Unternehmens und im Recht auf Teilnahme an einem neuerlichen Vergabeverfahren infolge eines allenfalls gebotenen Widerrufs verletzt.

Durch die Ausarbeitung und Einreichung der umfangreichen Angebotsunterlagen habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss eindeutig dargelegt. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebots sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca Euro 83.000 frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits Euro 5.000 (exkl. USt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Da der vorliegende Nachprüfungsantrag subsidiär auf den Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens und die Neuausschreibung des Auftrages abziele, bestehe der Schaden bei Fortführung des Verfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber durch die Erteilung des Zuschlages vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Auch stünden einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers oder der sonstigen Mitbieter entgegen. Ebenso seien keine besonderen öffentlichen Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, ersichtlich.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und erteilte mittels Schriftsatz vom 20.9.2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, sah jedoch von einer Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung ab. Er beantragte, die allfällig angeordnete einstweilige Verfügung auf die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens auf die Höchstdauer gemäß § 326 BVergG zu befristen, sowie dem Hauptbegehren und dem zweiten Eventualbegehren nicht Folge zu geben, da nach überwiegender Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes zur jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung ausreiche. Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und erteilte mittels Schriftsatz vom 20.9.2007 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, sah jedoch von einer Stellungnahme zur beantragten einstweiligen Verfügung ab. Er beantragte, die allfällig angeordnete einstweilige Verfügung auf die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens auf die Höchstdauer gemäß Paragraph 326, BVergG zu befristen, sowie dem Hauptbegehren und dem zweiten Eventualbegehren nicht Folge zu geben, da nach überwiegender Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes zur jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung ausreiche.

Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 2.600.000,-- beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags
I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Der Auftraggeber, die BBT SE, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Dies hat das Bundesvergabeamt bereits in seiner Entscheidung vom 3.7.2007, GZ N/0054-BVA/07/2007-60, aufgrund der Beteiligungsverhältnisse an der BBT-SE, der Informations- und Überwachungsverpflichtungen nach dem BBT AG-Gesetz, der Finanzierung der Gesellschaft, dem Gesellschaftssitz, des vom Auftraggeber angewendeten Vergaberechts und der Maßgeblichkeit der deutschen Sprache während des Vergabeverfahrens entschieden. An diesen Umständen hat sich seit der obzitierten Entscheidung nichts geändert, sodass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zuständig ist. Der Auftraggeber, die BBT SE, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Dies hat das Bundesvergabeamt bereits in seiner Entscheidung vom 3.7.2007, GZ N/0054-BVA/07/2007-60, aufgrund der Beteiligungsverhältnisse an der BBT-SE, der Informations- und Überwachungsverpflichtungen nach dem BBT AG-Gesetz, der Finanzierung der Gesellschaft, dem Gesellschaftssitz, des vom Auftraggeber angewendeten Vergaberechts und der Maßgeblichkeit der deutschen Sprache während des Vergabeverfahrens entschieden. An diesen Umständen hat sich seit der obzitierten Entscheidung nichts geändert, sodass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zuständig ist.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird

als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 2.600.000,--, sodass es sich gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers Euro 2.600.000,--, sodass es sich gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.9.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.9.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 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 § 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 § 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 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, 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 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 Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des

Bundesvergabebeamtes 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 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 Bundesvergabebeamtes 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.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 4.9.2007 behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung 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. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der Bietergemeinschaft G*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige Untersagung 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.

Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist. Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6). Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist. Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6).

Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwände gegen die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung vorgebracht. Auch besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, wurden nicht dargetan und vermag das Bundesvergabeamt solche auch nicht zu erkennen.

Im Übrigen ist im Rahmen der Interessenabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu

gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG u.a.; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb. auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen.

Darüber hinaus ist bei der Interessenabwägung auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hinzuweisen, wonach ein Auftraggeber bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen hat (BVA 28.12.2006, N/0105- BVA/07/2006-EV11 uvm).

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Zur Dauer der begehrten Maßnahme ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer mit 30. Oktober 2007 zu befristen war.

Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gerichteten Mehrbegehrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gerichteten Mehrbegehrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist.

Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es war anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin ist abzuweisen (vgl. BVA 5.7.2006, N/0051- BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8; BVA 18.12.2006, N/0103-BVA/05/2006). Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es war anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin ist abzuweisen vergleiche BVA 5.7.2006, N/0051- BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8; BVA 18.12.2006, N/0103-BVA/05/2006).

Mit der Untersagung der Zuschlagserteilung wurde dem ersten Eventualbegehren bereits vollinhaltlich stattgegeben, sodass von einem getrennten Abspruch abgesehen werden konnte.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Dokumentnummer

VERGT_20070925_N_0086_BVA_07_2007_EV10_00

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