

TE Verg Bescheid 2007/6/27 N/0059-BVA/13/2007-023

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13 Mag. Thomas Gruber sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "PPP-Ostregion, Paket 3 Streckenabschnitt Eibesbrunn-Schrick km 5,7 - 8,1 " der Antragsgegnerin BONAVENTURA Straßenerichtungs GmbH, Franzensbrückenstraße 5, 1020 Wien, vertreten durch X***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch Y*** vom 11. Juni 2007, auf Nichtigklärung der Entscheidung vom 31. Mai 2007 "das Vergabeverfahren zu: PPP Ostregion, Paket 3 aus sachlichen Gründen" zu widerrufen wie folgt entschieden:

Dem Antrag wird gemäß § 320 BVergG 2006 nicht stattgegeben. Dem Antrag wird gemäß Paragraph 320, BVergG 2006 nicht stattgegeben.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 11. Juni 2007 stellte die Antragstellerin die Anträge

1. 1.Ziffer eins
"die mit Schreiben vom 31. Mai 2007, bei der Antragstellerin eingelangt am 1. Juni 2007, bekannt gegebene Entscheidung, "das Vergabeverfahren zu: PPP Ostregion, Paket 3 aus sachlichen Gründen" zu

widerrufen, für nichtig zu erklären"

1. 2.Ziffer 2
"auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der ARGE Ingenieurbau hinsichtlich des gegenständlichen Leistungspakets 2 die Erklärung des Widerrufs sowie - ergänzend - im Hinblick auf den Verfahrensgegenstand

die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens und die Erteilung des Zuschlages untersagt wird. Diese einstweilige Verfügung wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehrt"

1. 3.Ziffer 3

"auf Akteneinsicht gemäß § 17 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (in der Folge "AVG") in alle von der ARGE Ingenieurbau vorzulegenden" auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (in der Folge "AVG") in alle von der ARGE Ingenieurbau vorzulegenden

Bestandteile des Vergabeaktes (insbesondere die Unterlagen betreffend den Widerruf der Ausschreibung)"

1. 4.Ziffer 4

"auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung"

2. 5.Ziffer 5

"auf Ausspruch durch das Bundesvergabeamt, dass die ARGE Ingenieurbau (die Auftraggeberin) der obsiegenden Antragstellerin die mit der Antragstellung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 10.000 (Euro 5.000 für das Nachprüfungsverfahren und Euro 5.000 für das Provisorialverfahren) bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu ersetzen hat."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass im Dezember 2006 die Autobahnen-und Schnellstraßen-Finanzierungs Aktiengesellschaft (in der Folge "ASFINAG") die BONAVENTURA Straßenerichtungs GmbH (in der Folge "Bonaventura") beauftragt habe, ein Teilstück der S 1 und S 2 (nordöstlicher Autobahnring um Wien) sowie die A 5 zwischen Wien und Mistelbach zu realisieren. An der Bonaventura seien die B*** mit 44,4%, die C*** mit 44,4% sowie die D*** mit 11,2% beteiligt. Die Bauausführung und die technische Planung des Vorhabens obliege - unter dem Dach der Bonaventura - zu 50% der E*** und zu 50% der C***. Diese beiden Unternehmern hätten für die Errichtung der Ingenieurbauwerke die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion (in der Folge "Arge Ingenieurbau" und "Auftraggeberin"), die im gegenständlichen Vergabeverfahren als Auftraggeberin auftrete, gegründet.

Anzumerken ist, dass die Antragstellerin auf der ersten Seite Ihres Schreibens vom 11. Juni 2007 als Auftraggeberin/Antragsgegnerin bezeichnet: "Bonaventura Straßenerichtungs-GmbH vertreten durch Arge Ingenieurbau PPP Ostregion bestehend aus (1) C***, (2) E***".

Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 21. April 2007 habe die Arge Ingenieurbau die Absicht bekannt gegeben, in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren "Ingenieurbauarbeiten im Zuge der Autobahnerrichtung A5 Süd, S1, S2" zu vergeben. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge sei zunächst mit 10. Mai 2007, 10:00 Uhr, festgelegt worden. Am 8. Mai 2007 sei die ursprüngliche Bekanntmachung berichtigt worden. Zum einen sei der Auftragsgegenstand nunmehr mit "Ingenieurbauarbeiten im Zuge der Autobahnerrichtung A5 Süd, S1, S2, Brückenbauwerke A5 Paket 3 Streckenabschnitt Eibesbrunn-Schrick km 5,7 - 8,1 " unterschrieben worden. Zum anderen sei die Teilnahmefrist bis 31.5.2007, 10:00 Uhr, verlängert worden.

Die Antragstellerin habe fristgerecht am 31. Mai 2007 einen vollständig ausgefüllten Teilnahmeantrag mit sämtlichen geforderten Eignungsnachweisen abgegeben. Mit Schreiben vom 31. Mai 2007, bei der Antragstellerin mittels E-Mail am 1. Juni 2007 eingelangt, habe die Arge Ingenieurbau jedoch mitgeteilt, dass "das Vergabeverfahren zu: PPP Ostregion, Paket 3 aus sachlichen Gründen widerrufen wird."

Beim Auftrag der Asfinag an die Bonaventura über die Finanzierung, die Errichtung und den Betrieb des nordöstlichen Autobahnringes um Wien sowie der A5 handle es sich zweifellos um die Vergabe eines Baukonzessionsvertrages gemäß § 7 BVergG. Die gegenständlich als Auftraggeberin auftretende Arge Ingenieurbau setze sich gemäß § 145 Abs. 3 BVergG aus - mehr oder weniger selbstständigen - verbundenen Unternehmen des Baukonzessionärs Bonaventura zusammen. Es sei daher davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein Baukonzessionär, der selbst nicht die Vorgaben des § 3 Abs. 1 BVergG erfülle, als Auftraggeber auftrete. Beim Auftrag der Asfinag an die Bonaventura über die Finanzierung, die Errichtung und den Betrieb des nordöstlichen Autobahnringes um Wien sowie der A5 handle es sich zweifellos um die Vergabe eines Baukonzessionsvertrages gemäß Paragraph 7, BVergG. Die gegenständlich als Auftraggeberin auftretende Arge Ingenieurbau setze sich gemäß Paragraph 145, Absatz 3, BVergG aus - mehr oder weniger selbstständigen - verbundenen Unternehmen des Baukonzessionärs Bonaventura zusammen. Es sei daher davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein Baukonzessionär, der selbst nicht die Vorgaben des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG erfülle, als Auftraggeber auftrete.

Das Schreiben der Arge Ingenieurbau vom 31. Mai 2007 sei als Widerrufsentscheidung zu werten. Gegen diese richte

sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. Die Arge Ingenieurbau habe im Schreiben vom 31. Mai 2007 die Stillhaltefrist mit 14 Tagen festgelegt. Diese würde bei einem Zugang des Schreibens, der sich um einen Tag verzögert habe, mit Ablauf des 15. Juni 2007 enden.

Aufgrund der bisherigen Beteiligung der Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren seien Kosten angefallen. Durch den beabsichtigten rechtswidrigen Widerruf des Vergabeverfahrens sei daher ein Schaden entstanden.

Durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Arge Ingenieurbau sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Unterbleiben eines ungerechtfertigten Widerrufs bzw in ihrem Recht auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Bewerberauswahl bzw in ihrem Recht auf Teilnahme an Verhandlungen (in der zweiten Verfahrensstufe) bzw in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die bei der Antragstellerin am 1. Juni 2007 eingelangte Widerrufsentscheidung enthalte lediglich einen lapidaren Hinweis auf das (angebliche) Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes. Diese Vorgehensweise sei zweifellos nicht mit dem Transparenzgebot in Einklang zu bringen. Weder die einzelnen Bewerber noch die Vergabekontrolle könne nachvollziehen, um welchen sachlichen Grund es sich hierbei handeln könne. Es sei kein Grund der einen Widerruf des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung rechtfertigen würde ersichtlich. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Widerrufsentscheidung vom 31. Mai 2007 weder im Hinblick auf den Erklärungsinhalt noch aus sachlichen Gründen den vergaberechtlichen Anforderungen entspreche.

Mit Schreiben der Bonaventura Straßenerichtungs GmbH vom 13. Juni 2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sie nicht Auftraggeberin der den Nachprüfungsanträgen zu Grunde liegenden Vergabeverfahren sei. Sie werde auch nicht von der Arge Ingenieurbau vertreten oder stehe sonst mit dieser in einem direkten Vertragsverhältnis. Es handle sich vielmehr um Ausschreibungen der Arge Ingenieurbau selbst. Die Antragsgegnerin sei daher der falsche Adressat der Nachprüfungsanträge und nicht passivlegitimiert. Es liege auch ein sachlicher Widerrufsgrund vor:

angesichts des jeweiligen Leistungsgegenstandes würde die Arge Ingenieurbau die Zahl der Teilhmeanträge und die damit zu erwartende Zahl an Angeboten für zu niedrig halten, um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 15. Juni 2007 gibt diese als Auftraggeberin/Antragsgegnerin neuerlich an: "Bonaventura Straßenerichtungs-GmbH vertreten durch Arge Ingenieurbau PPP Ostregion bestehend aus (1) C***, (2) E***". Die Auftraggeberin/Antragsgegnerin führe in ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2006 (Anmerkung: gemeint wohl 13. Juni 2007) selbst aus, dass ausschließlich sie von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungsaktiengesellschaft im Rahmen eines "Konzessionsvertrags" eine Baukonzession zur Finanzierung, Errichtung und Betrieb des verfahrensgegenständlichen Straßenabschnitts erhalten habe. Die weitere im Innenverhältnis erfolgte Übertragung der relevanten Bauleistungen an eine aus verbundenen Unternehmen der Bonaventura bestehende Arbeitsgemeinschaft, ändere nichts an der Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin, da wohl diese im Sinne der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 13. Oktober 2005, KI-2/05 ua, B 573/05 ua) der nach außen erkennbare zivilrechtliche Partner der vom Baukonzessionär ausgeschriebenen Bauleistungen werden sollte. Jüngst habe der Verfassungsgerichtshof in einem weiteren Fall das Hin- und Herschieben eines Auftrages zwischen einem "Auftraggeber" und einer "vergebenden Stelle" kritisiert und ausgeführt, dass eine Richtigstellung der Parteibezeichnung gemäß § 13 Abs. 3 AVG jedenfalls dann zu gewähren sei, wenn "der Auftraggeber selbst nahezu durchgehend den Auftraggeber falsch bezeichnet bzw nicht eindeutig kenntlich macht, wer eigentlich Vertragspartner werden soll " (VfGH 27. November 2006, B 1084/06). Es sei davon auszugehen, dass die (ursprünglich beabsichtigten) Vergabe durch die Arge Ingenieurbau auf die Bonaventura zurückzuführen sei. Die Begründung der Widerrufsentscheidung in der Stellungnahme der Bonaventura vom 13. Juni 2007 sei nicht schlüssig. Die Ausführungen und sämtliche Anträge im Nachprüfungsantrag vom 11. Juni 2007 würden unverändert aufrechterhalten. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 15. Juni 2007 gibt diese als Auftraggeberin/Antragsgegnerin neuerlich an: "Bonaventura Straßenerichtungs-GmbH vertreten durch Arge Ingenieurbau PPP Ostregion bestehend aus (1) C***, (2) E***". Die Auftraggeberin/Antragsgegnerin führe in ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2006 (Anmerkung: gemeint wohl 13. Juni 2007) selbst aus, dass ausschließlich sie von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungsaktiengesellschaft im Rahmen eines "Konzessionsvertrags" eine Baukonzession zur Finanzierung, Errichtung und Betrieb des verfahrensgegenständlichen Straßenabschnitts erhalten habe. Die weitere im Innenverhältnis erfolgte Übertragung

der relevanten Bauleistungen an eine aus verbundenen Unternehmen der Bonaventura bestehende Arbeitsgemeinschaft, ändere nichts an der Auftraggebereigenschaft der Antragsgegnerin, da wohl diese im Sinne der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 13. Oktober 2005, KI-2/05 ua, B 573/05 ua) der nach außen erkennbare zivilrechtliche Partner der vom Baukonzessionär ausgeschriebenen Bauleistungen werden sollte. Jüngst habe der Verfassungsgerichtshof in einem weiteren Fall das Hin- und Herschieben eines Auftrages zwischen einem "Auftraggeber" und einer "vergebenden Stelle" kritisiert und ausgeführt, dass eine Richtigstellung der Parteibezeichnung gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG jedenfalls dann zu gewähren sei, wenn "der Auftraggeber selbst nahezu durchgehend den Auftraggeber falsch bezeichnet bzw nicht eindeutig kenntlich macht, wer eigentlich Vertragspartner werden soll " (VfGH 27. November 2006, B 1084/06). Es sei davon auszugehen, dass die (ursprünglich beabsichtigten) Vergabe durch die Arge Ingenieurbau auf die Bonaventura zurückzuführen sei. Die Begründung der Widerrufsentscheidung in der Stellungnahme der Bonaventura vom 13. Juni 2007 sei nicht schlüssig. Die Ausführungen und sämtliche Anträge im Nachprüfungsantrag vom 11. Juni 2007 würden unverändert aufrechterhalten.

Mit Schreiben der Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH vom 15. Juni 2007 brachte diese im Wesentlichen vor, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion sei. Es handle sich um einen Auftrag im Oberschwabenbereich. Eine Unterteilung in Lose sei erfolgt. Die Summe der geschätzten Auftragswerte der Pakete 2 bis 7 betrage Euro 20.800.000. Die Höhe der Auftragswerte der einzelnen Lose betrage wie folgt:

Paket 2: Euro 3.000.000

Paket 3: Euro 3.000.000

Paket 4: Euro 3.400.000

Paket 5: Euro 3.000.000

Paket 6: Euro 5 000.000

Paket 7: Euro 3.400.000.

Die Widerrufsentscheidung sei bekannt gegeben worden. Der Widerruf sei nicht erfolgt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Juni 2007 wurde der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens die Erklärung des Widerrufs untersagt.

Mit Schreiben der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vom 21. Juni 2007 wurde mitgeteilt, dass die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion das gesamte bisherige Vorbringen der Antragsgegnerin auch zum eigenen Vorbringen erheben würde. Die Nachprüfungsanträge würden sich gegen die falsche Rechtsperson richten. Es seien von den Antragstellerinnen keine gegen die Arge Ingenieurbau gerichteten Nachprüfungsanträge gestellt worden, so dass das Bundesvergabeamt auch dafür nicht zuständig sein könne, Entscheidungen der Arge Ingenieurbau für nichtig zu erklären.

Mit Schreiben der Bonaventura Straßenerrichtungs-GmbH und der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vom 22. Juni 2007 brachten diese im Wesentlichen vor, dass die Frage wer "zivilrechtlicher Partner" der im jeweiligen Vergabeverfahren zum Zuge kommenden Bieter sein sollte, den Unterlagen völlig klar zu entnehmen gewesen sei: die Arge Ingenieurbau, oder, zivilrechtlich streng genommen, deren Gesellschafter C*** und E***. Weder hätten die Teilnahmeunterlagen irgend einen Hinweis darauf enthalten, dass die Antragsgegnerin Vertragspartner werden sollte noch sei dies jemals in Aussicht genommen worden. Die Antragsgegnerin spiele in den in Frage stehenden Vergabeverfahren überhaupt keine Rolle, schon gar nicht als möglicher Vertragspartner. Die Antragsgegnerin und die Arge Ingenieurbau hätten nicht einmal dieselbe Gesellschafterstruktur. Gerade aus der von den Antragstellerinnen in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes in der Sache Stadion Klagenfurt (VfGH 13. Oktober 2005, B 573/05ua) ergebe sich für den vorliegenden Fall gerade das Gegenteil des Vorbringens der Antragstellerinnen, weil es - anders als in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt - keine Unklarheiten im Verhalten auf Auftraggeberseite und auch keine unterschiedlichen Auftraggeber- bzw Vertragspartnerbezeichnung gebe, zumal auch nach den Bekanntmachungen und den Teilnahmeunterlagen keine unterschiedlichen Rechtsträger als Auftraggeber einerseits und Vertragspartner andererseits genannt worden seien. In den hier in Frage stehenden Vergabeverfahren sei immer nur die Arge Ingenieurbau genannt. Einen "Zurückführen" eines Auftrages auf einen Rechtsträger in dem Sinn, dass dieser Rechtsträger als Auftraggeberin gilt und nicht die selbst als Auftraggeber auftretende Stelle (im Unterschied zu einer vergebenden Stelle, die den Auftraggeber vertritt) mache nur dort Sinn, wo Letztere selbst nicht Rechtsträger

sondern Dienststelle sei. In den vorliegenden Fällen der Ausschreibungen der Pakete 2 bis 7 sei das aber anders gelagert, weil es sich um unterschiedliche Rechtsträger handle (und die Antragsgegnerin nicht Gesellschafterin der Arge Ingenieurbau sei). Nach § 145 Abs. 1 BVergG treffe nur den Baukonzessionär eine Pflicht zur Ausschreibung von Bauaufträgen an Dritte. Die Arge Ingenieurbau sei aber kein Baukonzessionär, sondern bauausführendes Unternehmen und als solches Subunternehmer der Arge PPP Ostregion, das lediglich vertraglich die Durchführung von Ausschreibungen in sinngemäßer Anwendung des § 145 Abs. 1 BVergG gegenüber der Arge PPP Ostregion zugesagt habe. Das Bundesvergabeamt sei daher im Hinblick auf Entscheidungen der Arge Ingenieurbau nicht zuständig. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügungen vom 15. Juni 2007 entstünden im Projekt Zeitverluste, durch die nicht auszuschließen sei, dass deshalb die Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens für viele der Leistungen, deren Vergabe die Arge Ingenieurbau beabsichtige, verhindert werde. Da der Großteil dieser Leistungen sich im Hinblick auf den Realisierungsplan auf dem kritischen Weg befinde, müsste die Arge Ingenieurbau diese gegebenenfalls selbst ausführen; durch die damit verbundene Ressourcenbindung und organisatorische Verschiebungen entstünden weitere Mehrbelastungen, die der Arge Ingenieurbau ebenfalls als Schaden drohen würden. Im Hinblick auf die drohenden Schäden - sowohl aus Einnahmeausfällen durch eine verspätete Inbetriebnahme bei fixer Konzessionsdauer als auch durch allenfalls drohende Pönalen - gehe die Arge Ingenieurbau damit schadenmindernd vor. Eine Vergabe der Leistungen, wie sie in den 6 in Frage stehenden Vergabeverfahren beabsichtigt wäre, komme somit nun nicht mehr in Betracht. Auch das rechtfertige den Widerruf der Ausschreibungen. Mit Schreiben der Bonaventura Straßenerichtungs-GmbH und der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vom 22. Juni 2007 brachten diese im Wesentlichen vor, dass die Frage wer "zivilrechtlicher Partner" der im jeweiligen Vergabeverfahren zum Zuge kommenden Bieter sein sollte, den Unterlagen völlig klar zu entnehmen gewesen sei: die Arge Ingenieurbau, oder, zivilrechtlich streng genommen, deren Gesellschafter C*** und E***. Weder hätten die Teilnahmeunterlagen irgend einen Hinweis darauf enthalten, dass die Antragsgegnerin Vertragspartner werden sollte noch sei dies jemals in Aussicht genommen worden. Die Antragsgegnerin spiele in den in Frage stehenden Vergabeverfahren überhaupt keine Rolle, schon gar nicht als möglicher Vertragspartner. Die Antragsgegnerin und die Arge Ingenieurbau hätten nicht einmal dieselbe Gesellschafterstruktur. Gerade aus der von den Antragstellerinnen in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes in der Sache Stadion Klagenfurt (VfGH 13. Oktober 2005, B 573/05ua) ergebe sich für den vorliegenden Fall gerade das Gegenteil des Vorbringens der Antragstellerinnen, weil es - anders als in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt - keine Unklarheiten im Verhalten auf Auftraggeberseite und auch keine unterschiedlichen Auftraggeber- bzw Vertragspartnerbezeichnung gebe, zumal auch nach den Bekanntmachungen und den Teilnahmeunterlagen keine unterschiedlichen Rechtsträger als Auftraggeber einerseits und Vertragspartner andererseits genannt worden seien. In den hier in Frage stehenden Vergabeverfahren sei immer nur die Arge Ingenieurbau genannt. Einen "Zurückführen" eines Auftrages auf einen Rechtsträger in dem Sinn, dass dieser Rechtsträger als Auftraggeberin gilt und nicht die selbst als Auftraggeber auftretende Stelle (im Unterschied zu einer vergebenden Stelle, die den Auftraggeber vertritt) mache nur dort Sinn, wo Letztere selbst nicht Rechtsträger sondern Dienststelle sei. In den vorliegenden Fällen der Ausschreibungen der Pakete 2 bis 7 sei das aber anders gelagert, weil es sich um unterschiedliche Rechtsträger handle (und die Antragsgegnerin nicht Gesellschafterin der Arge Ingenieurbau sei). Nach Paragraph 145, Absatz eins, BVergG treffe nur den Baukonzessionär eine Pflicht zur Ausschreibung von Bauaufträgen an Dritte. Die Arge Ingenieurbau sei aber kein Baukonzessionär, sondern bauausführendes Unternehmen und als solches Subunternehmer der Arge PPP Ostregion, das lediglich vertraglich die Durchführung von Ausschreibungen in sinngemäßer Anwendung des Paragraph 145, Absatz eins, BVergG gegenüber der Arge PPP Ostregion zugesagt habe. Das Bundesvergabeamt sei daher im Hinblick auf Entscheidungen der Arge Ingenieurbau nicht zuständig. Durch die Erlassung der einstweiligen Verfügungen vom 15. Juni 2007 entstünden im Projekt Zeitverluste, durch die nicht auszuschließen sei, dass deshalb die Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens für viele der Leistungen, deren Vergabe die Arge Ingenieurbau beabsichtige, verhindert werde. Da der Großteil dieser Leistungen sich im Hinblick auf den Realisierungsplan auf dem kritischen Weg befinde, müsste die Arge Ingenieurbau diese gegebenenfalls selbst ausführen; durch die damit verbundene Ressourcenbindung und organisatorische Verschiebungen entstünden weitere Mehrbelastungen, die der Arge Ingenieurbau ebenfalls als Schaden drohen würden. Im Hinblick auf die drohenden Schäden - sowohl aus Einnahmeausfällen durch eine verspätete Inbetriebnahme bei fixer Konzessionsdauer als auch durch allenfalls

drohende Pönalen - gehe die Arge Ingenieurbau damit schadenmindernd vor. Eine Vergabe der Leistungen, wie sie in den 6 in Frage stehenden Vergabeverfahren beabsichtigt wäre, komme somit nun nicht mehr in Betracht. Auch das rechtfertige den Widerruf der Ausschreibungen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 26. Juni 2007 bekräftigte diese neuerlich die Passivlegitimation der Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH.

In der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2007 wurden von den Parteien im Wesentlichen die bereits in den Schriftsätzen vorgebrachten Argumente bekräftigt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Die Antragstellerin bezeichnet in ihrem Schreiben vom 11. Juni 2007, Seite 1, die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH vertreten durch die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion als Auftraggeberin/Antragsgegnerin. Auf Seite 2 dieses Schriftsatzes wird jedoch ausgeführt, dass die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion im gegenständlichen Vergabeverfahren als Auftraggeberin auftrete. Im Schriftsatz der Antragstellerin vom 15. Juni 2007 wird - nachdem die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 13. Juni 2007 ihre mangelnde Passivlegitimation vorgebracht hatte - seitens der Antragstellerin betont, dass die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH (vertreten durch die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion) Auftraggeberin/Antragsgegnerin sei, wobei sie vorbringt, dass die Vergaben durch die Arge Ingenieurbau auf die Bonaventura zurückzuführen seien. Dies wird im Schreiben der Antragstellerin vom 26. Juni 2007 und in der mündlichen Verhandlung neuerlich bekräftigt.

Die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH wiederum bestreitet Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren zu sein. Es würde sich vielmehr um eine Ausschreibung der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion handeln.

§ 2 Z 8 BVergG 2006 lautet: Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 lautet:

Auftraggeber ist jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt.

Den EBzRV (1171 der Beilagen XXII. GP 12) kann dazu folgendes entnommen werden Den EBzRV (1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode 12) kann dazu folgendes entnommen werden:

Die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Tritt daher eine vergebende Stelle (zB die X-AG) "namens und auftrags" bzw. "in Vertretung" eines anderen Rechtsträgers (zB eines Landes) und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf, so wird der (vertretene) Rechtsträger gemäß § 1017 ABGB durch den von der vergebenden Stelle geschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet. Die Tätigkeit der vergebenden Stelle für den "dahinter stehenden" Rechtsträger ist als rechtsgeschäftliche Stellvertretung zu qualifizieren und eben dieser Rechtsträger ist daher als Auftraggeber anzusehen. Die Auftraggebereigenschaft richtet sich allein danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll. Tritt daher eine vergebende Stelle (zB die X-AG) "namens und auftrags" bzw. "in Vertretung" eines anderen Rechtsträgers (zB eines Landes) und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf, so wird der (vertretene) Rechtsträger gemäß Paragraph 1017, ABGB durch den von der vergebenden Stelle geschlossenen Vertrag berechtigt und verpflichtet. Die Tätigkeit der vergebenden Stelle für den "dahinter stehenden" Rechtsträger ist als rechtsgeschäftliche Stellvertretung zu qualifizieren und eben dieser Rechtsträger ist daher als Auftraggeber anzusehen.

In dem gesamten von der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vorgelegten Vergabeakt findet sich kein Hinweis darauf, dass die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH beabsichtigt, vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt zu erteilen bzw beabsichtigt zivilrechtlicher Vertragspartner eines Auftragnehmers zu werden. Es findet sich auch kein Hinweis darauf, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH durch die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vertreten wird. Vielmehr ist etwa in den Bekanntmachungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union als öffentlicher Auftraggeber genannt: "PPP Ostregion - Arge Ingenieurbau". Auch im Teilnahmeantrag finden sich die Firmenlogos "C***" sowie "E***", sowie in der Kopfzeile die Aufschrift "Arge Ingenieurbau PPP-Ostregion". Im bekämpften Schreiben vom 31. Mai 2007 wird als Absender ebenfalls die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion genannt. In allen Schriftsätzen an das Bundesvergabeamt sowie in der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2007 hat die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH glaubhaft betont, dass sie nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist. Ob sich die Vergabe

durch die Arge Ingenieurbau PPP-Ostregion letztlich möglicherweise durch eine Kette von Verträgen auf die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH - wie die Antragstellerin argumentiert - "zurückführen" lässt, ist für die Frage wer Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist aufgrund der Definition des § 2 Z 8 BVergG 2006 nicht relevant. Die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH ist daher im gegenständlichen Vergabeverfahren mangels erkennbaren Willens einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen erteilen zu wollen, nicht Auftraggeber. Ohne ihren Willen kann ihr auch nicht das Verhalten anderer juristischer Personen (etwa der Gesellschafter der Arge Ingenieurbau PPP-Ostregion C*** und E***) zugerechnet werden, wobei die Tatsache, dass die C*** an der Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH beteiligt ist (was durch Einsicht in das Firmenbuch zu FN 280200 i ermittelt wurde) daran nichts ändert. In dem gesamten von der Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vorgelegten Vergabeakt findet sich kein Hinweis darauf, dass die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH beabsichtigt, vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt zu erteilen bzw beabsichtigt zivilrechtlicher Vertragspartner eines Auftragnehmers zu werden. Es findet sich auch kein Hinweis darauf, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH durch die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion vertreten wird. Vielmehr ist etwa in den Bekanntmachungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union als öffentlicher Auftraggeber genannt: "PPP Ostregion - Arge Ingenieurbau". Auch im Teilnahmeantrag finden sich die Firmenlogos "C***" sowie "E***", sowie in der Kopfzeile die Aufschrift "Arge Ingenieurbau PPP-Ostregion". Im bekämpften Schreiben vom 31. Mai 2007 wird als Absender ebenfalls die Arge Ingenieurbau PPP Ostregion genannt. In allen Schriftsätzen an das Bundesvergabeamt sowie in der mündlichen Verhandlung vom 27. Juni 2007 hat die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH glaubhaft betont, dass sie nicht Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist. Ob sich die Vergabe durch die Arge Ingenieurbau PPP-Ostregion letztlich möglicherweise durch eine Kette von Verträgen auf die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH - wie die Antragstellerin argumentiert - "zurückführen" lässt, ist für die Frage wer Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist aufgrund der Definition des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 nicht relevant. Die Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH ist daher im gegenständlichen Vergabeverfahren mangels erkennbaren Willens einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen erteilen zu wollen, nicht Auftraggeber. Ohne ihren Willen kann ihr auch nicht das Verhalten anderer juristischer Personen (etwa der Gesellschafter der Arge Ingenieurbau PPP-Ostregion C*** und E***) zugerechnet werden, wobei die Tatsache, dass die C*** an der Bonaventura Straßenerrichtungs GmbH beteiligt ist (was durch Einsicht in das Firmenbuch zu FN 280200 i ermittelt wurde) daran nichts ändert.

§ 320 Abs 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins
er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. 2.Ziffer 2
ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen. Die Antragstellerin bezeichnet jedoch ganz bewusst als Auftraggeber eine andere Person als die, der die Auftraggebereigenschaft im gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich zukommt. Für eine Beantragung einer Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung einer anderen Person als der des Auftraggebers gibt es keine gesetzliche Grundlage, weshalb diesem Antrag nicht stattzugeben war. Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen. Die Antragstellerin bezeichnet jedoch ganz bewusst als Auftraggeber eine andere Person als die, der die Auftraggebereigenschaft im gegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich zukommt. Für eine Beantragung einer Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung einer anderen Person als der des Auftraggebers gibt es keine gesetzliche Grundlage, weshalb diesem Antrag nicht stattzugeben war.

Im übrigen ist festzuhalten, dass selbst bei richtiger Bezeichnung der Auftraggeberin durch die Antragstellerin die angefochtene Widerrufsentscheidung nicht für nichtig zu erklären gewesen wäre, da aufgrund des verdünnten

Regelungsregimes bei Vergaben nach den §§ 142 ff BVergG 2006 die Begründung für den Widerruf, nämlich die mangelnde Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs, jedenfalls als ein sachlicher Grund für den Widerruf zu werten gewesen wäre und auch deshalb dem Antrag nicht stattzugeben gewesen wäre. Auch die nunmehr angegebene Begründung, aus Zeitgründen die Leistungen nicht mehr ausschreiben, sondern selbst ausführen zu wollen stellt einen sachlichen Grund für den Widerruf dar. Auch die Judikatur des EuGH geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Widerrufs und nicht von einem Kontrahierungszwang aus (vgl dazu im Detail Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 475ff). Im übrigen ist festzuhalten, dass selbst bei richtiger Bezeichnung der Auftraggeberin durch die Antragstellerin die angefochtene Widerrufsentscheidung nicht für nichtig zu erklären gewesen wäre, da aufgrund des verdünnten Regelungsregimes bei Vergaben nach den Paragraphen 142, ff BVergG 2006 die Begründung für den Widerruf, nämlich die mangelnde Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs, jedenfalls als ein sachlicher Grund für den Widerruf zu werten gewesen wäre und auch deshalb dem Antrag nicht stattzugeben gewesen wäre. Auch die nunmehr angegebene Begründung, aus Zeitgründen die Leistungen nicht mehr ausschreiben, sondern selbst ausführen zu wollen stellt einen sachlichen Grund für den Widerruf dar. Auch die Judikatur des EuGH geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Widerrufs und nicht von einem Kontrahierungszwang aus vergleiche dazu im Detail Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht 475ff).

Die Entscheidung über den Gebührenersatz ergeht gesondert.

Dokumentnummer

VERGT_20070627_N_0059_BVA_13_2007_023_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