

# TE Verg Bescheid 2007/6/21 N/0026-BVA/03/2007-42

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.06.2007

## Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

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

## Text

### BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschk gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 betreffend das Vergabeverfahren "Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über Antrag der A\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, im Verfahren zur Erstreckung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschk gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über Antrag der A\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, im Verfahren zur Erstreckung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

### SPRUCH

Die mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 4. Mai 2007, N/0026- BVA/03/2007-EV24 erlassene einstweilige

Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 29. Juni 2007 untersagt wurde, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren den Zuschlag zu erteilen, wird von Amts wegen erstreckt.

Dem Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 7. September 2007, untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

#### BEGRÜNDUNG

Im Oktober 2006 hat der Auftraggeber die Lieferung und Montage der Betriebs - und Sicherheitstechnischen Ausrüstung für den Bau des Ganzsteintunnels an der S 6 Semmering Schnellstraße im offenen Verfahren als Bauauftrag im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip europaweit ausgeschrieben. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 13.10.2006. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.12.2006. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 6.389.974,14.-. Neben 3 weiteren Bietern hat die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro 5.974.308,55.- abgegeben. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote, wonach das Angebot der Antragstellerin an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 12. 3. 2007 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Firma B\*\*\* GmbH mit einer Vergabesumme von Euro 4.928.308,76.- bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe trotz Vorliegens von Anzeichen eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin auszuschneiden, da diese lediglich über die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik verfüge, für die Ausführung der geforderten Leistungen zudem aber die gewerberechtlichen Befugnisse des Baumeistergewerbes, der Lüftungstechnik sowie der Kälte- und Klimatechnik erforderlich seien und mangels Heranziehung von Subunternehmern daher den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht habe. Zudem seien wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet worden, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. B\*\*\* GmbH zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Nach den Angaben im Angebotseröffnungsprotokoll vom 12.12.2006 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Leistung nach Abzug von 6 % Rabatt zu einem Gesamtpreis von EUR 4.928.308,76.- angeboten und eine Subunternehmererklärung abgegeben, die 0 % Subunternehmeranteil aufweise, wobei dem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei. Der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis betrage EUR 5.974.308,55.- und sei laut Zuschlagsentscheidung als zweitbestes Angebot zu werten.

In den Ausschreibungsunterlagen sei bezüglich der Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B 8.5.6 "Verzeichnis der Subunternehmer gem. §§ 83, 1.08 BVergG" seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber hinaus seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Firma B\*\*\* GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters aber lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. In den Ausschreibungsunterlagen sei bezüglich der Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B 8.5.6 "Verzeichnis der Subunternehmer gem. Paragraphen 83, eins Punkt 08, BVergG" seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber hinaus seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Firma B\*\*\* GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters aber lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik.

Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen in Punkt B1 1.2.1.7.2., " Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der

Angemessenheit der Preise" festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er  $\geq 50\%$  des Preises, im Bezug auf den Mittelwert, der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Weiters sei in den Ausschreibungsunterlagen in Punkt B1 1.2.1.7.2., "Vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise" festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er  $\geq 50\%$  des Preises, im Bezug auf den Mittelwert, der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage.

Nach dem wörtlichen Sinn dieser Bestimmung "jedenfalls" sei damit nicht ausgeschlossen, dass auch bei geringeren Abweichungen vom Durchschnittspreis ein ungewöhnlich niedriger Preis vorliegen könne, der zu einer vertieften Angebotsprüfungspflicht des Auftraggebers führe. Der Angebotspreis der Firma B\*\*\* GmbH liege nach Abzug von 6 % Rabatt um rd. 1,046 Mio. (rd. 18 %) unter dem nächstbilligsten Angebotspreis der Antragstellerin und um rd. 30 % unter dem Mittelwert der Preise der übrigen Bieter. Diese Abweichungen hätten den Auftraggeber zu begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin veranlassen müssen.

Zur fehlenden Eignung wurde konkretisierend ausgeführt, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Leistung die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik umfasse. Diese Leistungen würden über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des § 32 GewO hinausgehen. Zur Erbringung dieser Leistung sei daher insbesondere die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Die Firma B\*\*\* GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters ausschließlich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Firma B\*\*\* GmbH einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt 8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmern habe gemäß B 8 Punkt 8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen. Zur fehlenden Eignung wurde konkretisierend ausgeführt, dass nach den Ausschreibungsunterlagen die Leistung die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik umfasse. Diese Leistungen würden über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des Paragraph 32, GewO hinausgehen. Zur Erbringung dieser Leistung sei daher insbesondere die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Die Firma B\*\*\* GmbH verfüge laut Information des zentralen Gewerberegisters ausschließlich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Firma B\*\*\* GmbH einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt 8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmern habe gemäß B 8 Punkt 8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen.

Es sei daher zwingend davon auszugehen, dass die Firma B\*\*\* GmbH entweder auszuschneiden sei, weil sie mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis ihrer beruflichen Befugnis gemäß § 70 BVergG 2006 nicht erbracht habe oder - für den Fall des Bestehens von Subunternehmern -, weil sie wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuschneiden, sei die

Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Firma B\*\*\* GmbH erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen. Es sei daher zwingend davon auszugehen, dass die Firma B\*\*\* GmbH entweder auszuscheiden sei, weil sie mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis ihrer beruflichen Befugnis gemäß Paragraph 70, BVergG 2006 nicht erbracht habe oder - für den Fall des Bestehens von Subunternehmern -, weil sie wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe. Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsuntive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuscheiden, sei die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Firma B\*\*\* GmbH erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 29.3.2007 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dem gegenständlichen Vergabebericht sei eindeutig zu entnehmen, dass das Angebot der präsuntiven Bestbieterin gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen sorgfältig geprüft worden sei. Im Zuge der Angebotsprüfung seien zunächst die einzelnen Positionspreise in einem Preisspiegel den betreffenden Preisen der Mitbieter gegenübergestellt worden. Zugleich sei ein Vergleich mit den Preisen der Kostenschätzung erfolgt. Weiters sei im Zuge der vertieften Angebotsprüfung eine Prüfung auf Höherwertigkeit der Preise gemäß Punkt 4.5.1 des Vergabeberichtes und eine Sensitivitätsanalyse gemäß Punkt 4.5.2 des Vergabeberichtes durchgeführt worden.

Im Rahmen des Aufklärungsgesprächs seien auch die günstigen Angebotspreise besprochen worden. Das Einladungsschreiben enthalte einen umfangreichen Fragenkatalog zu dem Angebot der Fa. B\*\*\*. Die Vertreter der potentiellen Zuschlagsempfängerin haben zu allen angefragten Positionen Erklärungen abgegeben und sämtliche im Angebot angeführten (Einheits)Preise bestätigt. Das Angebot der präsuntiven Bestbieterin sei somit betriebs- und marktwirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und würde kein Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen. Im Prüfungsbericht werde daher eine Vergabe an die potentielle Zuschlagsempfängerin empfohlen.

Im Rahmen der Angebotsprüfung sei die Einhaltung des in der B.1 definierten Unterpreiskriteriums überprüft worden. Das Angebot der Fa. B\*\*\* liege um 25,2 % unter dem o.a. Mittelwert und somit deutlich innerhalb der gesetzten Grenze. Der rein mathematische Vergleich stelle lediglich auf die Angebotssummen ab, die sonstigen Faktoren seien jedoch völlig außer acht gelassen. Ein rein mathematischer Vergleich sei jedenfalls unzulässig, da eine solche Vorgehensweise in Widerspruch zum freien Wettbewerb stehe und den ökonomischen Fortschritt durch Ausschluss gerade der wirtschaftlich innovativsten Bieter hemmen könnte (EuGH vom 18. Juni 1991, C- 295189, "impresa Dona Alfonso", EuGH vom 22. Juni 1989, Rs 103188, "Fratelli Costanzo", Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. Jänner 1998, GZ: N-1198-15, sowie vom 27. März 2000, GZ: F-4/99-19).

Zur behaupteten fehlenden Eignung wurde entgegnet, dass im Zuge der Angebotsprüfung ua. auch geprüft worden sei, ob die Bieter über die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung verfügen. Die Prüfung habe ergeben, dass die präsuntive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Nach der Bestimmung des § 32 GewO können Gewerbetreibende ua. auch alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vornehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten würden bei maximal ca. 1 - 2 % der Auftragssumme liegen und seien somit als Leistungen geringen Umfangs bzw. als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten zu bezeichnen, die von der Bestimmung des § 32 GewO erfasst seien. Diesbezüglich liege auch eine Stellungnahme der WKO vor. Der Leistungsteil Lüftung stelle eine reine Lieferleistung dar, diesbezüglich sei keine Befugnis des Bieters erforderlich bzw. sei die Befugnis des Lieferanten nicht zu prüfen. Aber selbst wenn die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten nicht unter die Bestimmung des § 32 GewO subsumierbar seien, so habe die präsuntive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot, die für die Ausführung dieser Leistungen ins Auge gefassten Subunternehmer angeführt. Zur behaupteten fehlenden Eignung wurde entgegnet, dass im Zuge der Angebotsprüfung ua. auch geprüft worden sei, ob die Bieter über die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung verfügen. Die Prüfung habe ergeben, dass die präsuntive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen. Nach der Bestimmung des Paragraph 32, GewO können Gewerbetreibende ua. auch alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vornehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu

erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten würden bei maximal ca. 1 - 2 % der Auftragssumme liegen und seien somit als Leistungen geringen Umfangs bzw. als Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten zu bezeichnen, die von der Bestimmung des Paragraph 32, GewO erfasst seien. Diesbezüglich liege auch eine Stellungnahme der WKO vor. Der Leistungsteil Lüftung stelle eine reine Lieferleistung dar, diesbezüglich sei keine Befugnis des Bieters erforderlich bzw. sei die Befugnis des Lieferanten nicht zu prüfen. Aber selbst wenn die Leistungsteile Klimatechnik und Bauarbeiten nicht unter die Bestimmung des Paragraph 32, GewO subsumierbar seien, so habe die präsumtive Zuschlagempfängerin in ihrem Angebot, die für die Ausführung dieser Leistungen ins Auge gefassten Subunternehmer angeführt.

Im Teil B 8 der Angebotsunterlagen seien als Subunternehmer für die Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. C\*\*\* und C\*\*\*, für die Bauarbeiten die Fa. E\*\*\*/F\*\*\* sowie die Fa. G\*\*\*angeführt (Teil B 8 Seiten 23 und 23 a, Beilage 2 a und 2 b). Die präsumtive Bestbieterin habe somit alle Subunternehmer in ihrem Angebot bereits zum Zeitpunkt der Submission bekannt gegeben. Auch wenn die genannten Subunternehmer an der falschen Stelle angeführt seien, stelle dies keinen Ausscheidungsgrund dar. Ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen oder dem Gesetz nicht entspreche, sei nur dann auszuschneiden, wenn der Mangel nicht behoben wurde oder unbehebbar sei. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes seien nur solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könne. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Nach diesen Grundsätzen könne es sich bei der Angabe der Subunternehmer an einer "falschen" Stelle nur um einen behebbaren Mangel handeln. Es stellt daher keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der die Subunternehmer an der dafür vorgesehenen Stelle eingefügt habe dar, wenn ein Bieter die zum Einsatz vorgesehenen Subunternehmer an einer anderen Stelle angeführt habe. Es werde daher die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin beantragt.

Zum drohenden Schaden wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass im Fall der Nichtdurchführung dieses Auftrages der Antragstellerin ein Gewinn von mindestens 1 % des Angebots (somit ca. E 59.743,-) entgehen würde. Schließlich drohe ein Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen würde vor allem deswegen ein relevantes Referenzprojekt darstellen, weil der Ausbau der S 6 Semmering Schnellstraße ein in der Öffentlichkeit bekanntes Projekt ist und daher die Durchführung der Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Ganzsteintunnel ein besonders geeignetes Referenzprojekt und somit eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen würde.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung gemäß § 19 Abs 1 BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass die Zuschlagsentscheidung auf einen Bieter falle, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Halte der Auftraggeber seine Entscheidung, der Firma B\*\*\* GmbH den Zuschlag zu erteilen, aufrecht, so werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt. Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, verletzt. Dies insbesondere dadurch, dass die Zuschlagsentscheidung auf einen Bieter falle, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre. Halte der Auftraggeber seine Entscheidung, der Firma B\*\*\* GmbH den Zuschlag zu erteilen, aufrecht, so werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin verletzt.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, dass im Fall der Zuschlagserteilung über die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen die Chance auf Auftragserteilung zur Durchführung der ausgeschriebenen Leistung verloren sei. Die Antragstellerin sei damit in ihrem Recht verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. In diesem Fall entstünde auch ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Darüber hinaus würde die Antragstellerin in diesem Fall einen Schaden in Gestalt des Verlustes eines Referenzprojektes erleiden.

Zu den Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit wurde ausgeführt, dass einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens kein besonderes Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit entgegenstehe. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung des Auftraggebers (VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10 uva.) zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der

Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen (vgl. VfGH 25.10.2002, B1369/01 ua.). Wenn diese Möglichkeiten vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet worden sei, könne es nicht zu Lasten eines Bieters gehen. Zu den Interessen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit wurde ausgeführt, dass einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens kein besonderes Interesse des Antragsgegners oder der Öffentlichkeit entgegenstehe. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung des Auftraggebers (VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10 uva.) zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen (vergleiche VfGH 25.10.2002, B1369/01 ua.). Wenn diese Möglichkeiten vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet worden sei, könne es nicht zu Lasten eines Bieters gehen.

Mit Bescheid vom 30. März 2007, OZ EV5, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 9. Mai 2007 untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 23. April 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden Fragen betreffend die erforderlichen Gewerbeberechtigungen und Subunternehmertätigkeiten im Hinblick auf die prozentuellen Anteile der vom Auftraggeber ausgeschriebenen und geforderten Leistungen sowie die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit bestimmter Einheitspreise aufgeworfen. Der Senat hat im Rahmen dieser mündlichen Verhandlung einhellig beschlossen, zur Beantwortung dieser aufgeworfenen Sachfragen einen Sachverständigen beizuziehen.

Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 26. April 2007, OZ 20, wurden die Parteien ersucht, zu der in Aussicht genommenen Person des Sachverständigen DI H\*\*\* Stellung zu nehmen. Die Parteien haben binnen gesetzter Frist keine Stellungnahme abgegeben und keine Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen erhoben. Ausschlussgründe iSd § 53 Abs 1 AVG liegen nicht vor. Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 26. April 2007, OZ 20, wurden die Parteien ersucht, zu der in Aussicht genommenen Person des Sachverständigen DI H\*\*\* Stellung zu nehmen. Die Parteien haben binnen gesetzter Frist keine Stellungnahme abgegeben und keine Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen erhoben. Ausschlussgründe iSd Paragraph 53, Absatz eins, AVG liegen nicht vor.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Mai 2007, OZ 21, wurde Europa - Ing. SR Dipl. Ing. H\*\*\* allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger," im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zum nicht amtlichen Sachverständigen gemäß § 52 Abs 2 AVG bestellt und mit Schreiben vom 4. Mai 2007, OZ 23, beauftragt, Befund und Gutachten über die aufgeworfenen und in diesem Schreiben angeführten Sachfragen zu erstatten. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Mai 2007, OZ 21, wurde Europa - Ing. SR Dipl. Ing. H\*\*\* allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger," im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zum nicht amtlichen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG bestellt und mit Schreiben vom 4. Mai 2007, OZ 23, beauftragt, Befund und Gutachten über die aufgeworfenen und in diesem Schreiben angeführten Sachfragen zu erstatten.

Mit Schriftsatz vom 29. Mai 2007 erstattete der Sachverständige Befund und Gutachten. Mit Schreiben vom 4. Juni 2007 (OZ 31) wurde das Sachverständigengutachten den Parteien zur Kenntnis gebracht und diese zur Stellungnahme aufgefordert.

Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2007 nahm die präsumtive Zuschlagsempfängerin zum Sachverständigengutachten Stellung und monierte, dass die vom Gutachter angewandte Methodik bezüglich der Fragen 3 und 4 der ständigen Judikatur zur Beurteilung der Angemessenheit angebotener Preise widerspreche.

Mit Schriftsatz vom 13. Juni 2007 nahm der Auftraggeber zum Sachverständigengutachten Stellung und beeinspruchte dieses als unvollständig und unschlüssig.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 19. Juni 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde das Sachverständigengutachten erörtert und hat der Sachverständige entgegen seines zum Zeitpunkt der Beauftragung erklärten Fachwissens ausgeführt, dass er zur Beurteilung der Angemessenheit der Preise bzw. der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Preise (Fragen 3 und 4) nicht über das erforderliche Fachwissen verfüge. Das Gutachten zu den Fragen 3 und 4 besteht lediglich in einer Gegenüberstellung der von den Bietern angebotenen Preise in einigen Positionen und begnügt sich mit der Feststellung der Bandbreite der preislichen

Abweichungen voneinander. Da diese Äußerung keinesfalls auf der Ebene eines Sachverständigengutachtens iSd § 52 Abs 1 AVG steht, hat der Senat im Rahmen dieser mündlichen Verhandlung einhellig beschlossen, zur Beantwortung dieser im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Sachfrage einen neuen Sachverständigen beizuziehen. In der vor dem Bundesvergabeamt am 19. Juni 2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde das Sachverständigengutachten erörtert und hat der Sachverständige entgegen seines zum Zeitpunkt der Beauftragung erklärten Fachwissens ausgeführt, dass er zur Beurteilung der Angemessenheit der Preise bzw. der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Preise (Fragen 3 und 4) nicht über das erforderliche Fachwissen verfüge. Das Gutachten zu den Fragen 3 und 4 besteht lediglich in einer Gegenüberstellung der von den Bietern angebotenen Preise in einigen Positionen und begnügt sich mit der Feststellung der Bandbreite der preislichen Abweichungen voneinander. Da diese Äußerung keinesfalls auf der Ebene eines Sachverständigengutachtens iSd Paragraph 52, Absatz eins, AVG steht, hat der Senat im Rahmen dieser mündlichen Verhandlung einhellig beschlossen, zur Beantwortung dieser im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren aufgeworfenen Sachfrage einen neuen Sachverständigen beizuziehen.

1. 1. Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 6,389.974,14.-. Der einschlägige Schwellenwert ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 (vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 6,389.974,14.-. Der einschlägige Schwellenwert ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Firma B\*\*\* GmbH geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, 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.

1. 2. Ziffer 2

Erstreckung einer einstweiligen Verfügung von Amts wegen:

Gemäß § 329 Abs.1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor 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 einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor 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 einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung 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 2006 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 Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 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 Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber hat sich in der mündlichen Verhandlung gegen die Erstreckung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen, der Vorsitzenden des Senats 3 ist jedoch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Erstreckung sprechen würde, bekannt. Zudem hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplans eines Vergabeverfahrens nach ständiger Rechtsprechung auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B 1194/02, BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6). Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 1369/01, BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10).

Durch die Beiziehung eines neuen Sachverständigen hat sich im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine Zeitverzögerung bei der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren ergeben. Da die Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 30. März 2007 geführt haben, jedoch unverändert fortbestehen und das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers nach wie vor als überwiegend zu werten ist, war spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20070621\_N\_0026\_BVA\_03\_2007\_42\_00

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