

TE Verg Bescheid 2007/4/12 N/0032-BVA/07/2007-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.04.2007

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 durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Wolfgang Pointner, als Vertreter der Vorsitzenden des Senates 7, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Auftragsvergabe "Hochwasserschutz Bregenzach Bezau-Reuthe km 35.6 bis 36.4 linksufrig, Teil A und B", der Auftraggeber Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe alle vertreten durch Amt der Vorarlberger Landesregierung, Abteilung VII.d, diese wiederum vertreten durch X***, über Antrag der Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1. B***, 2. C*** und 3. D*** 4. E***, alle vertreten durch Y***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Wolfgang Pointner, als Vertreter der Vorsitzenden des Senates 7, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Auftragsvergabe "Hochwasserschutz Bregenzach Bezau-Reuthe km 35.6 bis 36.4 linksufrig, Teil A und B", der Auftraggeber Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe alle vertreten durch Amt der Vorarlberger Landesregierung, Abteilung römisch sieben.d, diese wiederum vertreten durch X***, über Antrag der Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1. B***, 2. C*** und 3. D*** 4. E***, alle vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Antragsgegnerin (Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe) zu untersagen, bis

zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag längstens bis zum 16. Mai 2007 dem Angebot des Bieters ARGE F*** den Zuschlag zu erteilen" wird stattgegeben. Der Auftraggeberin wird die Zuschlagserteilung bis längstens 16. Mai 2007 untersagt.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs. 1, 329 Abs.1, 2 und 3 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG 2006

Begründung

I.römisch eins.

Die Antragsteller geben bekannt, dass sie Y***, mit ihrer rechtlichen Vertretung beauftragt hätten.

Diese beruft sich gemäß § 10 AVG / § 8 RAO auf die erteilte Vollmacht. Diese beruft sich gemäß Paragraph 10, AVG / Paragraph 8, RAO auf die erteilte Vollmacht.

II.römisch zwei.

A) SACHVERHALT

1. 1.Ziffer eins

Die Antragsgegnerinnen seien die Republik Österreich (Bundeswasserbauverwaltung) sowie die Gemeinden Bezau und Reuthe vertreten durch das Amt der Vorarlberger Landesregierung Abteilung VII. d (Landeswasserbauamt). Die vergebende Stelle sei X***. Die Antragsgegnerinnen hätten in einem offenen Verfahren für das Bauvorhaben Flussbau - Ausbau der Bregenzerach km 35.6 bis 36.4 linksseitig (Teil A) sowie Verlegung der L200 Straßenkilometer 27.1 bis 28.0 (Teil B) und Belagsarbeiten zur Verlegung der L200 (Teil C) (gesamt bezeichnet als Projekt Hochwasserschutz Bregenzerach Bezau-Reuthe, km 35.6 bis 36.4 linksufrig) eine Ausschreibung durchgeführt. Es sei festgehalten worden, dass Teilangebote für Teil C (Straßenbelag) möglich sind. Die Antragsgegnerinnen seien die Republik Österreich (Bundeswasserbauverwaltung) sowie die Gemeinden Bezau und Reuthe vertreten durch das Amt der Vorarlberger Landesregierung Abteilung römisch sieben. d (Landeswasserbauamt). Die vergebende Stelle sei X***. Die Antragsgegnerinnen hätten in einem offenen Verfahren für das Bauvorhaben Flussbau - Ausbau der Bregenzerach km 35.6 bis 36.4 linksseitig (Teil A) sowie Verlegung der L200 Straßenkilometer 27.1 bis 28.0 (Teil B) und Belagsarbeiten zur Verlegung der L200 (Teil C) (gesamt bezeichnet als Projekt Hochwasserschutz Bregenzerach Bezau-Reuthe, km 35.6 bis 36.4 linksufrig) eine Ausschreibung durchgeführt. Es sei festgehalten worden, dass Teilangebote für Teil C (Straßenbelag) möglich sind.

Die Ausschreibung sei im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip erfolgt. Die Angebotsfrist habe am 13.2.2007 um 11:00 Uhr geendet.

Die Zuschlagsfrist würde 3 Monate nach Ablauf der Angebotsfrist betragen. Die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung vom 26.2.2007 sei hinsichtlich Teil A und B am 7.3.2007 widerrufen worden und die Angebote seien nochmals geprüft worden.

1. 2.Ziffer 2

Die Antragsgegnerinnen hätten der Antragsstellerin mit Schreiben durch die ausschreibende Stelle (X*** vom 3.4.2007 nachfolgendes mitgeteilt:

"Im Sinne des Bundesvergabegesetzes im Auftrag der Bundeswasserbauverwaltung, der Gemeinden Bezau und Reuthe, vertreten durch das Amt der Vorarlberger Landesregierung Abteilung V11 d teilen wir Ihnen mit, dass beabsichtigt ist, der ARGE F*** den Zuschlag für Teil A und B der Leistung zu erteilen.

Ende der Stillhaltefrist ist am 7.0.4.2007, die zuständige Vergabe kontrollbehörde ist das Bundesvergabeamt. Die Angebotssumme beträgt netto Euro 1.073.275,62."

Binnen offener Frist gemäß § 321 BVergG 2006 würde nunmehr die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens beantragt. Binnen offener Frist gemäß Paragraph 321, BVergG 2006 würde nunmehr die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens beantragt.

B) SACHLICHER UND PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH

1. 1.Ziffer eins

Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes sei eröffnet. Es liege ein Bauauftrag im Sinne des § 1 in

Verbindung mit § 4 BVergG 2006 vor. Es wäre ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes sei eröffnet. Es liege ein Bauauftrag im Sinne des Paragraph eins, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG 2006 vor. Es wäre ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich.

2. 2.Ziffer 2

Auch der persönliche Anwendungsbereich im Sinne des § 3 Abs. 1 Ziffer 1 BVergG 2006 sei eröffnet. Die Antragsgegnerinnen seien die Republik Österreich und die Gemeinden Bezau und Reuthe. Auch der persönliche Anwendungsbereich im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 1 BVergG 2006 sei eröffnet. Die Antragsgegnerinnen seien die Republik Österreich und die Gemeinden Bezau und Reuthe.

C) ZUSTÄNDIGKEIT

Als "Vergabekontrollbehörde" des Bundes übt das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern aus, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Nachdem im gegenständlichen Fall Auftraggeberin und somit Antragsgegnerin der Bund (Republik Österreich) selbst sei, sei das Bundesvergabeamt für die Vergabekontrolle zuständig.

Diese Zuständigkeit beziehe sich auch auf die beiden Gemeinden, da bei gemeinsamen Vergaben von verschiedenen Rechtsträgern die Vergabe in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen würde, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie der der Länder bzw. Gemeinden, was im gegenständlichen Fall gegeben sei. 85% der Kosten dieses zu vergebenden Auftrages würden vom Bund getragen.

Auch sei zu berücksichtigen, dass das Wasserrecht sowie die Regulierung und Instandhaltung der Gewässer zum Zwecke der unschädlichen Ableitung von Hochfluten ebenso wie der Bau und die Instandhaltung von Wasserstraßen gemäß Art. 10 Abs.1 Z 10 BV-G in die Kompetenz des Bundes fallen würde. Auch sei zu berücksichtigen, dass das Wasserrecht sowie die Regulierung und Instandhaltung der Gewässer zum Zwecke der unschädlichen Ableitung von Hochfluten ebenso wie der Bau und die Instandhaltung von Wasserstraßen gemäß Artikel 10, Absatz eins, Ziffer 10, BV-G in die Kompetenz des Bundes fallen würde.

Darüber hinaus sei als Vergabekontrollbehörde von den Auftraggeberinnen das Bundesvergabeamt mit Schreiben vom 3.4.2007 festgelegt worden.

D) ANGEFOCHTENE ENTSCHEIDUNG

Angefochten würde die Entscheidung, die im Schreiben der X*** vom 3.4.2007 enthalten sei, nämlich dass Bestbieter für Teil A und B die ARGE F*** sei und der Auftrag für Teil A und B an diese mit einer Angebotssumme von netto Euro 1.073.275,62 vergeben werde.

Im Übrigen würden sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG 2006 erfüllt. Unzulässigkeitsgründe im Sinne des § 322 Abs. 2 BVergG 2006 würden nicht vorliegen. Die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 5000.-- seien überwiesen worden. Im Übrigen würden sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006 erfüllt. Unzulässigkeitsgründe im Sinne des Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2006 würden nicht vorliegen. Die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 5000.-- seien überwiesen worden.

Die Antragsstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss.

E) RECHTSWIDRIGKEIT DER ANGEFOCHTENEN ENTSCHEIDUNG

1. 1.Ziffer eins

Ausscheiden der Billigstbieterin

Spekulative Preisangaben der Billigstbieterin: Im Sinne des § 129 Absatz 1 BVergG seien Angebote mit spekulativen Preisgestaltungen auszuschneiden. Spekulative Preisangaben der Billigstbieterin: Im Sinne des Paragraph 129, Absatz 1 BVergG seien Angebote mit spekulativen Preisgestaltungen auszuschneiden.

Zu § 129 Abs. 1 Ziffer 3 BVergG sei ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise erfasst sei, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen würde. Diesbezüglich werde auch auf § 125 Abs. 3 Ziffer 2 BVergG verwiesen. Zu Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 BVergG sei ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise erfasst sei, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen würde. Diesbezüglich

werde auch auf Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2 BVergG verwiesen.

Voraussetzung für die Ausscheidung eines Bieters sei, dass durch eine vertiefte Angebotsprüfung spekulative Preisgestaltung festgestellt worden sei. Eine derartig vertiefte Angebotsprüfung sei im gegenständlichen Fall gemacht worden. Trotz dieser vertieften Angebotsprüfung sei eine Ausscheidung der Billigstbieterin nicht vorgenommen worden.

Nach Ansicht der Antragsstellerin sei aber das Angebot der Billigstbieterin auszuschneiden. Bei der Prüfung von Angebotspreisen sei auf Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre abzustellen. Grundsätzlich müsse die Prüfungen anhand einer vom Bieter beigebrachten Detailkalkulation erfolgen. Zweck der vertieften Angebotsprüfung sei ua die Beantwortung der Fragen, ob die angebotenen Preise im Wesentlichen die zu erwartenden Herstellungskosten decken und die zu erwartenden Selbstkosten nicht überschreiten.

Zwischen dem Angebot der Billigstbieterin und der Antragsstellerin hinsichtlich Teil A, Position 30.04.01 A und 30.04.01 B würde sich eine nicht nachvollziehbare Differenz der angebotenen Teilpreise (mehr als Euro 80.000,00) ergeben. Diese Differenz könne nur deshalb zustande gekommen sein, als die Billigstbieterin bei diesem Punkt (Summe Position Teil A 30.04.01 A und 30.04.01 B) einen negativen Preis (Vergütung) eingesetzt hab.

Diese Preisbildung sei jedoch hoch spekulativ.

Aus der Ausschreibung würde sich ergeben, dass insgesamt 39.300 m³ an Aushubmaterial bewegt werden sollen (transportiert, teilweise deponiert und teilweise wieder verwertet). Dies stelle einen wesentlichen Teil des Teil A der Ausschreibung dar. Bei der Ausschreibung seien diese Materialbewegung wie folgt eingeteilt worden:

- -Strichaufzählung
16.000 m³ werden auf eine Deponie der Auftraggeberinnen transportiert (es fallen somit hier nur Transportkosten an)
- -Strichaufzählung
3.300 m³ sind wieder verwertbar und müssen nur transportiert werden (es kann somit ein Vergütungspreis angeboten werden, wobei die Landschaftsschutzabgabe vom Auftragnehmer zu bezahlen ist)
- -Strichaufzählung
20.000 m³ müssen auf eine Deponie des Auftragnehmers transportiert werden (es fallen somit Transportkosten und Deponiekosten an)

Die Billigstbieterin sei offenbar nunmehr spekulativ davon ausgegangen, dass nicht nur 3.300 m³ an wieder verwertbarem Material vorhanden sei, sondern auch das gesamte zur Deponie ausgeschriebene Material (20.000 m³) für sie wieder verwertbar sei und sie deshalb hier einen Vergütungspreis ansetzen könne.

Dies sei jedoch völlig unrealistisch. Wenn überhaupt wäre eine teilweise Wiederverwertbarkeit dieses Materials nur möglich bei entsprechender Aufbereitung. Aber auch bei einer Aufbereitung würde „Abfallmaterial“ anfallen, welches deponiert werden müsste. Nachdem die Billigstbieterin in der Region über keine Deponie verfüge, müsste sie dieses „Abfallmaterial“ entsprechend weit transportieren, was Niederschlag auch in den Transportkosten finden müsste.

Um also in dieser Position die Differenz zur Zweitbilligstbieterin zu erklären, müsste die Billigstbieterin für die 20.000 m³ eine hohe Vergütung ansetzen. Dies würde aber einerseits der Ausschreibung und den Annahmen der Ziviltechniker widersprechen, andererseits sei dies auch unrealistisch und nicht plausibel.

1. 2.Ziffer 2

Rechtswidrige Unterlassung eines Widerrufs

Gemäß § 139 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG sei ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die - wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen - zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2 BVergG sei ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die - wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen - zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Wie bereits ausgeführt, sei ein wesentlicher Teil der gegenständlichen Ausschreibung Teil A die Bewegung, Deponierung bzw. Verwertung des Bodenaushubmaterials im Ausmaß von 39.300 m³.

Hierbei sei die ausschreibende Stelle davon ausgegangen, dass von diesem Aushubmaterial 16.000 m³ auf einer Deponie der Auftraggeberinnen (Greibenbach) gelagert werden könnten und diesbezüglich nur Transportkosten anfallen würden. Die Auftraggeberinnen wollten mit diesen 16.000 m³ einen Damm für ein weiteres Hochwasserprojekt (nämlich beim Greibenbach) schütten.

Wie sich jetzt erst ergeben habe, seien die Mittel für dieses weitere Hochwasserprojekt nicht freigegeben worden, weshalb der Einbau dieses Aushubmaterials in den Damm jedenfalls in diesem Jahr nicht von statten gehen könne.

Eine Zwischendeponierung an der vorgesehenen Stelle sei technisch, wirtschaftlich und vom Platzbedarf nicht möglich. Nach Rücksprache mit den Auftraggeberinnen sei festgestellt worden, dass diese derzeit noch nicht wüssten, wie dieses Problem gehandhabt werde.

Diese 16.000 m³ Aushubmaterial seien nunmehr - so wäre es neu im Aufklärungsgespräch festgelegt worden, falls eben eine Lieferung zum Greibenbach nicht möglich sei - vom Bieter zu den Bedingungen für das verwertbare Material zu übernehmen. Das heißt, die Antragsgegnerinnen gingen nunmehr davon aus, dass nicht nur

3.300 m³ wieder verwertbar seien, sondern insgesamt 19.300 m³ und sie diesbezüglich allenfalls sogar eine Vergütung erhalten würden.

Die Antragsgegnerinnen hätten nunmehr völlig unzulässig im Aufklärungsgespräch nach Widerruf der ersten Zuschlagsentscheidung festgehalten, dass die 16.000 m³, falls sie eben nicht zum Greibenbach transportiert werden könnten, vom Bieter zu den Bedingungen übernommen würden, wie das wiederverwertbare Material. Schon allein aus diesen neuen Ausschreibungskriterien ergäbe sich, dass den Antragsgegnern sehr wohl bewusst sei, dass diese 16.000 m³ nicht am ursprünglichen Platz wie die Auftraggeberinnen vorgesehen hätten, gelagert werden könnten.

Es würde nunmehr versucht, diese geänderten Gegebenheiten nachträglich in das Ausschreibungsverfahren hineinzubringen, was jedoch nicht erlaubt sei, weil eine faire Kalkulation und ein faires Angebot hierdurch nicht gewährleistet würden.

Aus dem Aufklärungsgespräch sei jedenfalls eindeutig evident, dass sich die Umstände wesentlich geändert hätten im Vergleich dazu wie sie zum Zeitpunkt der Ausschreibung ursprünglich bestanden haben. Die Auftraggeberinnen hätten darauf reagieren müssen.

Durch diese neuen Umstände erfolge eine gravierende Umschichtung an Kosten -jedenfalls wesentlich andere Grundlagen für die Kalkulation, da nunmehr möglicherweise knapp 20.000 m³ (nämlich 19.300 m³) wiederverwertet werden könnten und dies möglicherweise zu einem höheren Vergütungsbeitrag führen könne oder aber höhere Transportkosten angesetzt werden müssten. Jedenfalls könne es nicht realistisch sein, dass bei diesen geänderten Umständen der Angebotspreis bzw. die Einheitspreise gleich blieben, so wie es im Aufklärungsgespräch gefordert sei.

Möglicherweise wäre es für die Antragsgegnerinnen sogar vorteilhaft, wenn sie aufgrund der geänderten Umstände neu ausschriebe, da hierdurch der Vergütungsbeitrag ja erhöht würde und die Gesamtkosten hiermit gesenkt würden. Im Sinne der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung wäre die Verwaltung jedenfalls gezwungen gewesen, auf diese neuen Umstände zu reagieren.

Im Hinblick auf ein faires Vergabeverfahren sei es für die Bieter wichtig, diese geänderten Umstände in ihre Kalkulation einfließen zu lassen bzw. müsste man den Bietern die Möglichkeit bieten, diese neuen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Die Kalkulation könnte sich dadurch jedenfalls wesentlich ändern.

F) BESCHWERDEPUNKTE

Die Antragsstellerin sei durch die Entscheidung der Auftraggeberinnen in ihrem Recht auf Erhalt des Zuschlages sowie ihrem Recht auf ein gesetzmäßiges (nach europarechtlichen und bundesgesetzlichen Bestimmungen) Vergabeverfahren verletzt worden.

Im Falle des Ausscheidens der nunmehr angeblichen Billigstbieterin hätte die Antragsstellerin den Zuschlag mit ihrem Angebot erhalten müssen. Die Antragsstellerin sei jedenfalls in ihrem Recht auf richtige Anwendung der Bestimmungen über das Ausscheiden von Angeboten, insbesondere in Bezug auf § 129 in Verbindung mit § 123 (angemessener Preis) und § 125 (zu niedrige Einheitspreise und begründete Zweifel an der Angemessenheit des Preises) BVergG 2006 verletzt worden. Im Falle des Ausscheidens der nunmehr angeblichen Billigstbieterin hätte die Antragsstellerin den Zuschlag mit ihrem Angebot erhalten müssen. Die Antragsstellerin sei jedenfalls in ihrem Recht

auf richtige Anwendung der Bestimmungen über das Ausscheiden von Angeboten, insbesondere in Bezug auf Paragraph 129, in Verbindung mit Paragraph 123, (angemessener Preis) und Paragraph 125, (zu niedrige Einheitspreise und begründete Zweifel an der Angemessenheit des Preises) BVergG 2006 verletzt worden.

Darüber hinaus sei die Antragsstellerin in ihrem Recht auf richtige Anwendung des § 139 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG 2006 verletzt worden, da bei richtiger Anwendung dieser Gesetzesbestimmung das Verfahren widerrufen hätte werden müssen. Darüber hinaus sei die Antragsstellerin in ihrem Recht auf richtige Anwendung des Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 2 BVergG 2006 verletzt worden, da bei richtiger Anwendung dieser Gesetzesbestimmung das Verfahren widerrufen hätte werden müssen.

G) DROHENDER SCHADEN

Das Interesse der Antragsstellerin liege darin, dass sie bei Ausscheiden der angeblichen Billigstbieterin als Bestbieterin hervorgegangen wäre. Die Antragsstellerin konnte daher darauf vertrauen, dass eine ordnungsgemäße Prüfung durchgeführt wird und spekulative Preise ausgeschieden würden. Sie konnte somit darauf vertrauen, dass der Antragsstellerin der Zuschlag und somit der Auftrag zur Durchführung gegenständlicher Arbeiten erteilt würde.

Neben den Aufwendungen zur Durchführung gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens (Verwaltungsabgabe, Vertretungskosten, etc.) sei die Antragsstellerin aufgrund des Vorgehens der Antragsgegnerinnen gefährdet, maßgeblichen Auftrag nicht zu erlangen, obwohl es als offensichtlich zu bezeichnen sei, dass das angebliche Billigstangebot auszuschneiden wäre.

Dementsprechend ergäbe sich weiters, dass die von der Antragsstellerin für diesen Auftrag vorgesehenen Ressourcen nicht abgedeckt werden könnten und sich eine entsprechende negative Beschäftigungssituation ergäbe. Umgelegt auf den Deckungsbeitrag, die zu erlösenden Geräte- und Materialkosten und den Gewinnanteil, könne der somit jedenfalls entstehende Schaden als mindestens mit ca. 20% des Angebotspreises des gelegten Angebotes, sohin mit ca. Euro 200.000.-- angegeben werden.

Darüber hinaus stelle das gegenständliche Hochwasserprojekt eine weitere sehr gute Gelegenheit dar, die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin unter Beweis zu stellen, wenn sie die Gelegenheit habe, dieses Bauvorhaben zu realisieren. Sie erleide somit einen Schaden durch den Wegfall eines repräsentativen Referenzprojektes.

H) ENTGEGNUNG DER AUFTRAGGEBERIN

Mit Schreiben vom 10.4.2007 nahm das Amt der Vorarlberger Landesregierung zum gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt statt:

Eine Auftragsvergabe ist bis dato noch nicht erfolgt, derzeit befindet sich das Vergabeverfahren in der Stillhaltefrist.

Das verfahrensgegenständliche Projekt sei in Folge des Katastrophenhochwassers im August 2005 ausgearbeitet worden. Damals wäre bei der Referenzpegelmessstelle Mellau an der Bregenzerach, welche sich rund 5 km oberhalb des Projektbereiches befinde, mit 450 m³/sec die höchste jemals gemessene Abflussmenge verzeichnet worden.

Der zu geringe Gerinnequerschnitt im nunmehrigen Projektbereich habe zu einem Überborden der Bregenzerach über die Landstraße L 200 in das Wohngebiet Reuthe-Baien geführt. Dieses Gebiet befinde sich in einer Geländesenke, die nach unten durch einen Felsriegel abgeschottet sei. Die oberhalb des Felsriegels vorhandene Rohrleitung hätte die enormen Wassermengen nicht in die Bregenzerach abführen können. Etwa 25 Wohnobjekte seien bis zum Obergeschoss unter Wasser gesetzt worden. Eine Person sei durch eindringende Wasser- und Schlammmassen getötet worden. In einem weiteren Objekt seien zwei Personen nach einer Gasexplosion schwer verletzt worden. In Anbetracht des Ausmasses der Katastrophe seien auch die Sachschäden an den Gebäuden enorm hoch gewesen. Im Jahr 2006 seien Sicherungsmaßnahmen ergriffen worden, doch waren diese Maßnahmen nicht ausreichend um nach dem Stand der Technik die Hochwassersicherheit sicherzustellen. Die Abflusskapazität der Bregenzerach sei an die neu festgelegte Bemessungswassermenge HQ 100 anzupassen.

In ihrem Schreiben vom 5.4.2007 würden die Antragstellerinnen darauf hinweisen, dass die Schneeschmelze im heurigen Jahr aufgrund der geringen Schneelage größtenteils abgeschlossen sei und somit keine Hochwassergefahr mehr drohe. Dieser Behauptung würde seitens der Auftraggeber jedoch entschieden entgegen getreten. Gerade das

Katastrophenhochwasser im August 2005 habe eindrücklich gezeigt, dass Hochwässer unabhängig von der Schneeschmelze auftreten würden. Aus den jüngsten Hochwasserereignissen sei zu schließen, dass die Wahrscheinlichkeit für Extremereignisse in der Zeit zwischen Mai und November am größten sei.

Daraus ergebe sich, dass für die Herstellung des Hochwasserschutzes ein dringender und unaufschiebbarer Handlungsbedarf gegeben sei. Möglicherweise geschädigten Interessen der Antragsteller würden besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens entgegenstehen.

Die Anschuldigungspunkte (spekulative Preisbildung, rechtswidrige Unterlassung des Widerrufs der Ausschreibung) seien reine Vermutungen und könnten widerlegt werden. Besonders die von den Antragstellerinnen behauptete Detailkenntnis über die Preisbildung des Billigstbieters sei nicht nachvollziehbar. Im Besonderen würde darauf hingewiesen, dass nach erfolgtem Widerruf der ersten Zuschlagsentscheidung eine erneute, äußerst gewissenhafte vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden habe. In einem Aufklärungsgespräch mit dem Billigstbieter am 29. März 2007 und durch nachgereichte Unterlagen habe dieser glaubhaft darlegen können, dass seine angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Insbesondere sei die betriebswirtschaftlich erklärbare Verwertung des Überschussmaterials auf einer anderen Baustelle (Achraintunnel), für welche die beiden ARGE-Partner Bauaufträge inne hätten, nachgewiesen worden.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Die Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. Euro 1,8 Millionen (ohne USt) und liegt jedenfalls unter den relevanten Schwellenwert von § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Die Republik Österreich, Bundeswasserbauverwaltung (Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Marktgemeinde Bezau und Gemeinde Reuthe sind öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. Euro 1,8 Millionen (ohne USt) und liegt jedenfalls unter den relevanten Schwellenwert von Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im vollen Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im vollen Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

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 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 § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Zu § 329 Abs. 1 BVergG ist festzuhalten, dass die zu vergebende Stelle den vorliegenden Leistungsgegenstand nicht im beschleunigten Verfahren ausgeschrieben hat. Daraus kann auf keine besondere Dringlichkeit auf Seiten der Antragsgegnerinnen geschlossen werden. Nach der ständigen Spruchpraxis des BVA ist eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens bereits von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung zu berücksichtigen; jeder Auftraggeber hat mit der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens zu rechnen. Darüber hinaus wurde auch die Zuschlagsfrist mit 3 Monaten ab Ende der Angebotsfrist festgelegt. Auch hieraus kann der nicht unbedingt dringliche Charakter des Leistungsgegenstandes abgeleitet werden. Der ursprüngliche Termin für den Beginn der Leistungen des Auftrages konnte von der Auftraggeberin selbst nicht eingehalten werden, da sie ihre ursprüngliche Zuschlagsentscheidung widerrufen hat. Zu Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist festzuhalten, dass die zu vergebende Stelle den vorliegenden Leistungsgegenstand nicht im beschleunigten Verfahren ausgeschrieben hat. Daraus kann auf keine besondere Dringlichkeit auf Seiten der Antragsgegnerinnen geschlossen werden. Nach der ständigen Spruchpraxis des BVA ist eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens bereits von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung zu berücksichtigen; jeder Auftraggeber hat mit der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens zu rechnen. Darüber hinaus wurde auch die Zuschlagsfrist mit 3 Monaten ab Ende der Angebotsfrist festgelegt. Auch hieraus kann der nicht unbedingt dringliche Charakter des Leistungsgegenstandes abgeleitet werden. Der ursprüngliche Termin für den Beginn der Leistungen des Auftrages konnte von der Auftraggeberin selbst nicht eingehalten werden, da sie ihre ursprüngliche Zuschlagsentscheidung widerrufen hat.

Darüber ist festzuhalten, dass es sich hier zwar um ein Hochwasserschutzprojekt handelt, im Jahre 2006 aber bereits Sicherungsmaßnahmen ergriffen worden sind, die die ärgsten Gefahren hintanhaltend sollten. Darüber hinaus ist - wie die Antragsgegnerin in ihrem Schreiben vom 10. April 2007 selbst festhält - die kritische Zeit für Hochwasser

erfahrungsgemäß die Zeit zwischen Mai und November und unabhängig von der Schneeschmelze. Die Bauarbeiten sollen im November 2007 fertiggestellt werden. Es ist somit davon auszugehen, dass die erwarteten Schutzmaßnahmen erst ab 2008 zur Verfügung stehen werden, eine Verzögerung im Vergabeverfahren durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird sich auf den Hochwasserschutz für 2008 jedenfalls nicht auswirken. Somit liegt auch kein öffentliches Interesse oder die konkrete Gefährdung von Leben und Gesundheit, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, vor.

Wenn die Antragsgegnerin ausführt, dass bei Verzögerungen des Baubeginns die Sicherheit vor weiteren Hochwässern nicht wie vorgesehen erreicht wird, ist dem entgegenzuhalten, dass als Ende der Auftragsausführung November 2007 vorgesehen ist und eine mit der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verbundene Verzögerung von maximal 6 sechs Wochen daher nicht übermäßig ins Gewicht fällt, zumal gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N- 94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14). Zudem ist gemäß dem Aspekt des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen (vgl BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003- BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30), weshalb von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidungen der Antragsgegnerin als überwiegend zu werten, weshalb die einstweilige Verfügung im Ausmaß von sechs Wochen zu erlassen war. Wenn die Antragsgegnerin ausführt, dass bei Verzögerungen des Baubeginns die Sicherheit vor weiteren Hochwässern nicht wie vorgesehen erreicht wird, ist dem entgegenzuhalten, dass als Ende der Auftragsausführung November 2007 vorgesehen ist und eine mit der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verbundene Verzögerung von maximal 6 sechs Wochen daher nicht übermäßig ins Gewicht fällt, zumal gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N- 94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14). Zudem ist gemäß dem Aspekt des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003- BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30), weshalb von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen ist. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidungen der Antragsgegnerin als überwiegend zu werten, weshalb die einstweilige Verfügung im Ausmaß von sechs Wochen zu erlassen war.

Die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006 ergeht nach der Entscheidung über das Nachprüfungsbegehren. Die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 ergeht nach der Entscheidung über das Nachprüfungsbegehren.

Dokumentnummer

VERGT_20070412_N_0032_BVA_07_2007_EV11_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