

TE Verg Bescheid 2005/9/30 16N-91/05-8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2005

Norm

SektorenRL 1993 Art2 Abs2

SektorenRL 2004 Art5 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §120 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs2

BVergG 2002 §154 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

BundesbahnG §2

BundesbahnG §29

BundesbahnG §30

BundesbahnG §32

BundesbahnG §41

1. AVG § 74 heute

2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 30. September 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005, betreffend das Vergabeverfahren "Lärmschutzmaßnahmen Ostbahn Himberg und Gramatneusiedl (AZ PE/31/27/45/05-427-05)" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die im Provisorialverfahren gestellten Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2005, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 30. September 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG),

Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, betreffend das Vergabeverfahren "Lärmschutzmaßnahmen Ostbahn Himberg und Gramatneusiedl (AZ PE/31/27/45/05-427-05)" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die im Provisorialverfahren gestellten Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 27. September 2005, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "die Aussetzung der im Telefax vom 20.9.2005 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** verfügt wird und der Antragsgegnerin untersagt wird, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen", wird teilweise stattgegeben.

Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "Lärmschutzmaßnahmen Ostbahn Himberg und Gramatneusiedl (AZ PE/31/27/45/05-427-05)" bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 27. Oktober 2005, untersagt.

Das Mehrbegehren, dem die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zu Grunde liegt, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 171 Abs 1, 3, 4 und 5 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 171, Absatz eins, 3, 4 und 5 BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, dem Auftraggeber aufzutragen, "der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag [...] auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 177 Abs 1 BVergG entrichtete [...] Pauschalgebühr [...] in der Höhe von [...] Euro 2.500,- [...] binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird
Dem Antrag, dem Auftraggeber aufzutragen, "der Antragstellerin zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters die für den Antrag [...] auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG entrichtete [...] Pauschalgebühr [...] in der Höhe von [...] Euro 2.500,- [...] binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird teilweise stattgegeben.

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG hat der A***, vertreten durch X***, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 2.500,- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren, dem eine Zahlungsfrist von zwei Wochen zu Grunde liegt wird, abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 171 Abs 1, 177 Abs 1 und 5 BVergG sowie § 74 Abs 2 Allgemeines
Rechtsgrundlage: Paragraphen 171, Absatz eins, 177, Absatz eins und 5 BVergG sowie Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines

Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl I
Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), Bundesgesetzblatt römisch eins

Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

Die Antragstellerin beehrte mit Schreiben vom 27. September 2005 (OZ 1) die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung der dem Spruch zu entnehmenden einstweiligen Verfügung.

Zur Begründung ihres Hauptantrages führte sie im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber zur Errichtung von Lärmschutzwänden ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich eingeleitet habe. Als einziges Zuschlagskriterium sei der Preis vorgegeben worden. Die Angebotsfrist sei am 31. August 2005 zu Ende gegangen. Man habe fristgerecht entsprechend der Ausschreibung ein elektronisches Hauptangebot abgegeben. Bei diesem handle es sich nach den Ergebnissen der Angebotsverlesung um das preislich günstigste. Dennoch sei mit Telefax vom 20. September 2005 mitgeteilt worden, dass eine Zuschlagserteilung an die B*** beabsichtigt werde. Aufgrund einer Anfrage sei der Antragstellerin mit Telefax vom selben Tag mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei. Die Dateien des Angebots seien entweder überhaupt nicht oder nicht mit einer sicheren elektronischen Signatur versehen. Des Weiteren weise eine über die Antragstellerin getätigte KSV-Abfrage ein erhöhtes Risiko aus.

Die beiden vom Auftraggeber ins Treffen geführten Ausscheidenstatbestände würden tatsächlich nicht vorliegen. Zum einen sei in der Ausschreibung kein Eignungskriterium festgelegt worden, wonach von den Bietern ein bestimmter KSV-Rating-Wert nachzuweisen sei. Überdies sei eine KSV-Auskunft alleine jedenfalls nicht geeignet, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Bieters in Zweifel zu ziehen. Zum anderen habe man die relevanten Angebotsteile mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen. Die zivilrechtliche Verbindlichkeit des Angebots könne daher nicht in Zweifel gezogen werden. Das Fehlen einer sicheren elektronischen Signatur sei somit jedenfalls als behebbarer Mangel zu werten.

Durch die bisherige Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren seien der Antragstellerin bereits Kosten in der Höhe von zumindest Euro 4.363,80 angefallen. Bei einer rechtswidrigen Auftragserteilung an einen Konkurrenten würde überdies ein Schaden durch entgangenen Gewinn in der Höhe von Euro 8.059,84 entstehen. Zu berücksichtigen seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 5.000,- sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die sich derzeit auf rund Euro 2.000,- belaufen. Zuletzt sei anzumerken, dass der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren entgehen würde.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz aus, dass diese erforderlich sei, um die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch die Zuschlagserteilung zu verhindern. Von der Erlassung einer einstweiligen Maßnahme sei nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen des BVergG in der Regel zu erlassen sei. Das Interesse der Antragstellerin gründe sich insbesondere darauf, dass sie nach Erteilung des Zuschlages mit dem Rechtsschutzinstrumentarium des BVergG nicht mehr in das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem ausersehenen Zuschlagsempfänger eingreifen könne. Im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde zur Durchsetzung der Ansprüche lediglich der ordentliche Rechtsweg verbleiben. Diese Alternative widerstreite jedoch dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreites. Dazu komme, dass schon allein auf Grund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und der damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre.

Der bei Verlust des Auftrages eintretende entgangene Gewinn sowie die Frustration der Kosten für die Angebotserstellung und der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung würden im gegenständlichen Fall allfällige nachteilige Folgen einer vorläufigen Maßnahme überwiegen. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass jeder umsichtige Auftraggeber bei der Gestaltung des Vergabezeitplanes Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einzuplanen habe. Auch das öffentliche Interesse würde für die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen. Der VfGH habe im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel ausdrücklich ausgeführt, dass ein öffentliches Interesse auch in der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter liege.

Abschließend sei festzuhalten, dass es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und zugleich gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme handle. Dies gelte auch für die beantragte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung. Nur mit dieser sei umfassend gewährleistet, dass der Auftraggeber durch eine Zuschlagserteilung keine vollendeten Tatsachen schaffen könne.

Der Auftraggeber brachte in seiner Stellungnahme vom 29. September 2005 (OZ 6) vor, dass sich der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Bauauftrages auf rund Euro 1.180.000,- (exkl. USt.) belaufe. Eine Auftragserteilung bzw. ein Widerruf der Ausschreibung seien bislang nicht erfolgt.

Zur anzustellenden Interessenabwägung sei anzumerken, dass der Baubeginn für den 3. Oktober 2005 vorgesehen sei. Könne dieser Termin nicht eingehalten werden, sei die Herstellung der Lärmschutzwände nicht innerhalb des vorgesehenen gedrängten Leistungszeitraums bis 31. März 2006 möglich. Der Leistungszeitraum sei abhängig von mit der ÖBB-Infrastruktur Betriebs AG abgestimmten Gleissperren auf der Strecke. Auf Grund der örtlichen Verhältnisse könnten sowohl in Himberg als auch Gramatneusiedl mehrere Abschnitte nur von der Gleistrasse aus errichtet werden. Die hierfür notwendigen Gleissperren seien bereits mit der ÖBB-Infrastruktur Betriebs AG abgestimmt und für

den Zeitraum vom 17. Oktober 2005 bis 12. Dezember 2005 fixiert worden. Eine Änderung des Baubeginns bedinge auch eine Verschiebung der Gleissperren und damit werde eine Neuplanung der Bautermine unumgänglich. Jahreszeitlich bedingt werde eine Verlegung der Hauptarbeiten ins Frühjahr 2006 erfolgen müssen. Dadurch könnten alle nachfolgenden Gewerke erst im Zeitraum Juni/Juli 2006 zur Ausführung gelangen.

Die lärmschutztechnische Bestandsstreckensanierung in den beiden Gemeinden erfolge vorrangig im Interesse und auf Wunsch der Anrainer und sei im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit schon seit längerer Zeit zugesagt worden. Eine verspätete Fertigstellung der Lärmschutzwände würde bei der betroffenen Bevölkerung auf Unverständnis stoßen. Die Errichtung basiere des Weiteren auf Verträgen, die zwischen dem Bund, dem Land Niederösterreich, den betroffenen Gemeinden und den ÖBB abgeschlossen worden seien. Die Finanzierung sei laut Vereinbarung mit den Vertragspartnern für 2005/2006 vorgesehen. Es werde daher auch aus diesem Grund beantragt, von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzusehen bzw. die betreffenden Anträge zurück-, in eventu abzuweisen. Die lärmschutztechnische Bestandsstreckensanierung in den beiden Gemeinden erfolge vorrangig im Interesse und auf Wunsch der Anrainer und sei im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit schon seit längerer Zeit zugesagt worden. Eine verspätete Fertigstellung der Lärmschutzwände würde bei der betroffenen Bevölkerung auf Unverständnis stoßen. Die Errichtung basiere des Weiteren auf Verträgen, die zwischen dem Bund, dem Land Niederösterreich, den betroffenen Gemeinden und den ÖBB abgeschlossen worden seien. Die Finanzierung sei laut Vereinbarung mit den Vertragspartnern für 2005 aus 2006, vorgesehen. Es werde daher auch aus diesem Grund beantragt, von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzusehen bzw. die betreffenden Anträge zurück-, in eventu abzuweisen.

In einer weiteren Stellungnahme vom 29. September 2005 (OZ 5) hielt zudem die potentielle Zuschlagsempfängerin fest, dass ihr durch die begehrte einstweilige Verfügung ein erheblicher Schaden drohe. Sie habe weiterhin Kapazitäten für die Auftragserfüllung sicherzustellen. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde sich der Schaden durch weitere Vorhaltekosten laufend vergrößern. Die Baueinleitung solle am 3. Oktober 2005 erfolgen. Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiege keinesfalls das Interesse der potentiellen Zuschlagsempfängerin an einer Zuschlagserteilung vor dem vorgesehenen Baubeginn, zumal auch die Überschreitung von Leistungsfristen pönalisiert werde. Jedenfalls müsse bei der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung hervorkommen, dass die begehrte einstweilige Verfügung keinesfalls über den 3. Oktober 2005 hinaus zu erlassen sei.

Als jedenfalls unzulässig sei die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung einzustufen. Das Bundesvergabeamt habe ausgesprochen, dass die Aussetzung einer bereits abgeschlossenen Handlung denkbar sei. Selbst wenn eine solche Maßnahme grundsätzlich als denkbar zu erachten sei, wäre sie gegenständlich als überschießend einzustufen. Dem Auftraggeber könne nicht unterstellt werden, dass er im Falle einer Untersagung der Zuschlagserteilung diese ignorieren und dennoch einen Zuschlag erteilen würde. Von der Antragstellerin würden keinerlei Umstände behauptet oder bescheinigt, die eine derartige Vorgehensweise des Auftraggebers indizieren könnten. Es werde daher der einstweiligen Verfügung, insbesondere soweit diese auf eine Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und auf eine Geltung über den 3. Oktober 2005 hinaus abziele, entgegen getreten.

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen der Antragstellerin, des Auftraggebers und der potentiellen Zuschlagsempfängerin sowie einer ersten Sichtung der (bereits) vorliegenden Unterlagen steht folgender für das Provisorialverfahren maßgeblicher Sachverhalt fest:

Zur Vergabe eines Auftrags über die Errichtung von Lärmschutzwänden an der Ostbahn und der Pottendorferstrecke in den Gemeindegebieten von Himberg und Gramatneusiedl leitete die ÖBB-Infrastruktur Bau AG ein offenes Verfahren ein (soweit unbestrittenes Vorbringen der Antragstellerin, OZ 1). Der Auftragswert wurde im Vorfeld auf Euro 1.180.000,- (exkl. USt.) geschätzt (siehe Stellungnahme des Auftraggebers vom 29. September 2005, OZ 6).

Die Angebotsabgabe sollte ausschließlich auf elektronischem Weg erfolgen. Die Angebote waren dabei unter Verwendung der beigegebenen Unterlagen zu erstellen und innerhalb der Angebotsfrist auf der Bieterseite der @AVA-Plattform des ÖBB-Konzerns einzureichen. Die Angebotsfrist endete am 31. August 2005; die Dauer der Zuschlagsfrist wird in der Ausschreibung wiederum mit drei Monaten vorgegeben. Des Weiteren soll der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden (vgl. Ausschreibungs-/Angebots-Leistungsverzeichnis, Beilage zu OZ 7, sowie Ausführungen im Antrag vom 27. September 2005, OZ 1). Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein Angebot mit einer Summe von Euro 575.702,82 (exkl. USt. und inkl. Nachlass von 8%) ein. Die Angebotssumme der preislich nächstgereichten potentiellen Zuschlagsempfängerin beläuft sich auf Euro 788.029,33 (exkl. USt.). Die weiteren

eingelangten Angebote weisen Summen zwischen Euro 892.668,22 und Euro 1.387.565,95 (jeweils exkl. USt.) auf (soweit Angebotsöffnungsprotokoll vom 31. August 2005, Beilage zu OZ 7). Die Angebotsabgabe sollte ausschließlich auf elektronischem Weg erfolgen. Die Angebote waren dabei unter Verwendung der beigestellten Unterlagen zu erstellen und innerhalb der Angebotsfrist auf der Bieterseite der @AVA-Plattform des ÖBB-Konzerns einzureichen. Die Angebotsfrist endete am 31. August 2005; die Dauer der Zuschlagsfrist wird in der Ausschreibung wiederum mit drei Monaten vorgegeben. Des Weiteren soll der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden vergleiche Ausschreibungs-/Angebots-Leistungsverzeichnis, Beilage zu OZ 7, sowie Ausführungen im Antrag vom 27. September 2005, OZ 1). Die Antragstellerin reichte fristgerecht ein Angebot mit einer Summe von Euro 575.702,82 (exkl. USt. und inkl. Nachlass von 8%) ein. Die Angebotssumme der preislich nächstgereihten potentiellen Zuschlagsempfängerin beläuft sich auf Euro 788.029,33 (exkl. USt.). Die weiteren eingelangten Angebote weisen Summen zwischen Euro 892.668,22 und Euro 1.387.565,95 (jeweils exkl. USt.) auf (soweit Angebotsöffnungsprotokoll vom 31. August 2005, Beilage zu OZ 7).

Mit Telefax vom 20. September 2005 teilte der Auftraggeber den Bietern seine Absicht mit, der B*** den Zuschlag zu erteilen. Mit Telefax vom selben Tag ersuchte die Antragstellerin den Auftraggeber um schriftliche Bekanntgabe der "Basis (Gründe)" der Zuschlagsentscheidung. In einem Schreiben vom - ebenfalls - 20. September 2005 erwiderte der Auftraggeber der Antragstellerin, dass "Ihr Angebot [...] nicht den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes in der geltenden Fassung [entspricht], da die Dateien aus denen sich das Angebot zusammensetzt entweder überhaupt nicht oder nur mit einer einfachen elektronischen Signatur versehen sind." Weiters weist die "im Zuge der Angebotsprüfung durchgeführte KSV-Abfrage über Ihr Unternehmen ein erhöhtes Risiko" aus. Das Angebot der Antragstellerin wurde daher ausgeschieden (siehe betreffende Schreiben, jeweils Beilage zu OZ 7).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der (bislang) vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Zur Zuständigkeit und Zulässigkeit:

Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; EuGH vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C- 260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie EuGH vom 27. Februar 2003, C-373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen. Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG gilt dieses Bundesgesetz ua. für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und (b) zumindest teilrechtsfähig ist und (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind, durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; EuGH vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C- 260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie EuGH vom 27. Februar 2003, C-373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen.

§ 120 Abs 1 BVergG hält fest, dass bei Ausübung einer der in Abs 2 angeführten Tätigkeiten ein dem BVergG unterliegender Auftraggeber "lediglich" einem eingeschränkten Regelungsregime Berücksichtigung zu schenken hat. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der jeweiligen (Sektoren)Tätigkeit dient (siehe etwa EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag/Kostmann vs. ÖBB", insb. Rz 37; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu § 120). Es muss somit ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Ausschreibungsgegenstand und der betreffenden Tätigkeit gegeben sein. Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen. In Abweichung von Art 2 Abs 2 SektorenRL 1993, aber in Entsprechung zu Art 5 Abs 1 SektorenRL 2004 zählt nun § 120 Abs 2 Z 3 BVergG ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten. Paragraph 120, Absatz eins, BVergG hält fest, dass bei Ausübung einer der in Absatz 2, angeführten Tätigkeiten ein dem BVergG unterliegender Auftraggeber "lediglich" einem eingeschränkten Regelungsregime Berücksichtigung zu schenken hat. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die konkrete Leistung dem Zweck der jeweiligen (Sektoren)Tätigkeit dient (siehe etwa EuGH vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag/Kostmann vs. ÖBB", insb. Rz 37; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-36; Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 50 und Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu Paragraph 120,). Es muss somit ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Ausschreibungsgegenstand und der betreffenden Tätigkeit gegeben sein. Verfolgt der jeweilige Auftraggeber sektorenfremde Zwecke, so sind bei einem öffentlichen Unternehmen die "klassischen" Vergabebestimmungen zu berücksichtigen. In Abweichung von Artikel 2, Absatz 2, SektorenRL 1993, aber in Entsprechung zu Artikel 5, Absatz eins, SektorenRL 2004 zählt nun Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren tritt nun die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Auftraggeber auf. Diese wurde gemäß §§ 29 iVm 41 Bundesbahngesetz, BGBl Nr. 825/1992 idF BGBl I Nr. 180/2004, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß § 32 Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach § 30 leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte wiederum dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§§ 2 Bundesbahngesetz). Entsprechend § 31 leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß § 35 Abs 1 Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG tritt somit - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur auf (siehe bereits BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anm. Grasböck). Es sind daher die Bestimmungen für den Sektorenbereich zu berücksichtigen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren tritt nun die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Auftraggeber auf. Diese wurde gemäß Paragraphen 29, in Verbindung mit 41 Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 180 aus 2004,, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß Paragraph 32, Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach Paragraph 30, leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte wiederum dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraphen 2, Bundesbahngesetz). Entsprechend Paragraph 31, leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen,

soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß Paragraph 35, Absatz eins, Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG tritt somit - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos als Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur auf (siehe bereits BVA vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, ZVB 2005, 187 mit Anmerkung Grasböck). Es sind daher die Bestimmungen für den Sektorenbereich zu berücksichtigen.

Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beläuft sich auf Euro 1.180.000,- (exkl. USt.). Demzufolge handelt es sich um eine im Unterschwellenbereich angesiedelte Auftragsvergabe. Des Weiteren sind weder durch die amtswegige Prüfung noch durch das Vorbringen der Parteien und der beteiligten potentiellen Zuschlagsempfängerin Umstände zutage getreten, die an der Zulässigkeit des vorliegenden Antrags zweifeln lassen. Gemäß § 154 Abs 1 BVergG ist daher der Vorsitzende des - ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen - Senats 16 berufen, über den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung inhaltlich zu befinden. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beläuft sich auf Euro 1.180.000,- (exkl. USt.). Demzufolge handelt es sich um eine im Unterschwellenbereich angesiedelte Auftragsvergabe. Des Weiteren sind weder durch die amtswegige Prüfung noch durch das Vorbringen der Parteien und der beteiligten potentiellen Zuschlagsempfängerin Umstände zutage getreten, die an der Zulässigkeit des vorliegenden Antrags zweifeln lassen. Gemäß Paragraph 154, Absatz eins, BVergG ist daher der Vorsitzende des - ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen - Senats 16 berufen, über den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung inhaltlich zu befinden.

B. Zur Interessenabwägung:

Gemäß § 171 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs 3 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß § 171 Abs 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin behauptet, dass der Auftraggeber zu Unrecht ihr preislich an erster Stelle zu reihendes Angebot ausgeschieden habe. Das Fehlen einer sicheren elektronischen Signatur sei als behebbarer Mangel einzustufen. Überdies reiche eine bloße KSV-Auskunft nicht aus, um die (wirtschaftliche) Leistungsfähigkeit abzusprechen. Zum derzeitigen Verfahrensstand können beide Aspekte noch nicht abschließend geklärt werden. Hiefür sind (noch) entsprechende Ermittlungsschritte im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu setzen; in weiterer Folge wird dann

unter Wahrung des gebotenen Parteiengehörs über die gegenständlichen (Rechts)Fragen zu entscheiden sein. Seitens des Auftraggebers ist die Vergabe an die B*** vorgesehen. Bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin könnte sich diese als rechtswidrig darstellen. Da angesichts der Angebotspreise und des zur Anwendung gelangenden "Billigstbieterprinzips" eine gebotene Auftragserteilung an die Antragstellerin (derzeit) nicht ausgeschlossen werden kann, droht dieser der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin beziffert den ihr durch eine - allenfalls - fehlgeleitete Auftragsvergabe drohenden Schaden mit insgesamt Euro 12.423,64 (Angebotserstellungskosten und Gewinnentgang). Überdies verweist sie auf die entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000,-, die bereits angefallenen Kosten der Rechtsvertretung von Euro 2.000,-

sowie den Verlust eines - für weitere Folgeaufträge benötigten - Referenzprojekts. Seitens des Auftraggebers und der potentiellen Zuschlagsempfängerin wird vor allem auf den bereits für 3. Oktober 2005 angepeilten Baubeginn verwiesen. Sofern dieser nicht eingehalten werden kann, kommt es einerseits angesichts der bereits vereinbarten Gleissperren zu einer Verlegung der Hauptarbeiten ins Frühjahr 2006 und andererseits entstehen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht näher dargelegte Vorhaltekosten.

Bei Gegenüberstellung dieser wechselseitigen Interessen ergibt sich nun aus Sicht des erkennenden Senatsvorsitzenden kein Überwiegen jener Aspekte, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen. Dieser Schluss ist vor allem vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes zu sehen, wonach ein Auftraggeber allfällige Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehenden Verzögerungen des Vergabeverfahrens in seine Planungen einzubeziehen hat (siehe Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005] 621 mwN). Überdies hat auch ein potentieller Zuschlagsempfänger innerhalb der Stillhaltefrist die Möglichkeit allfälliger Nachprüfungsanträge zu bedenken (soweit etwa BVA vom 11. August 2003, 16N-74/03-7). Gerade angesichts der im Vorfeld abzuklärenden Zeiten für Gleissperren hätte der Auftraggeber im gegenständlichen Fall etwa fünf Wochen (eine Woche Stillhaltefrist und etwa vier Wochen für ein allfälliges Nachprüfungsverfahren) zwischen der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und dem Beginn der Arbeiten als "Zeitpuffer" einplanen müssen. Es sind keine Gründe hervorgetreten, dass dies in der konkreten Konstellation - beispielsweise wegen nicht vorherzusehender Ereignisse - nicht möglich gewesen wäre.

Es war daher entsprechend Spruchpunkt I die Zuschlagserteilung für längstens ein Monat zu untersagen. Die ebenfalls beantragte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung stellte sich hingegen - in Ergänzung - als nicht notwendig dar. Es war daher entsprechend Spruchpunkt römisch eins die Zuschlagserteilung für längstens ein Monat zu untersagen. Die ebenfalls beantragte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung stellte sich hingegen - in Ergänzung - als nicht notwendig dar.

C. Kostenausspruch:

§ 74 Abs 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Abs 2 leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß § 177 Abs 1 BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang X des BVergG bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, BGBl II Nr. 324/2002. Abs 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat. Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligter die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Absatz 2, leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang römisch zehn des BVergG bzw. nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes,

Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002., Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.

In den Materialien zum BVergG wird ausgeführt, dass es sich beim in § 177 Abs 5 BVergG vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt und dieser bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisheriger Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05- 50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 3. Juni 2005, 17N-50/05-15; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11; BVA vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-37, sowie BVA vom 25. Juli 2005, 16N-74/05-9). In den Materialien zum BVergG wird ausgeführt, dass es sich beim in Paragraph 177, Absatz 5, BVergG vorgesehenen Gebührenersatz um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch handelt und dieser bei den ordentlichen Gerichten mittels Mahnklage geltend zu machen ist. Der VwGH vertritt hiezu die Ansicht, dass diese Aussage im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat und somit unbeachtlich ist (siehe VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091 und 2004/04/0092, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen, ZVB 2004/33). In Entsprechung zu dieser Judikatur ging das Bundesvergabeamt in einem verstärktem Senat von seiner bisheriger Sichtweise ab und erklärte sich für zuständig, über einen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr abzusprechen (siehe BVA vom 13. Mai 2005, 4N-17/05-49; dem ua. folgend BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05- 50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 3. Juni 2005, 17N-50/05-15; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11; BVA vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18; BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-37, sowie BVA vom 25. Juli 2005, 16N-74/05-9).

Das Bundesvergabeamt hat daher über den gegenständlichen Antrag, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr aufzuerlegen, zu entscheiden. Die Konzeption des § 177 Abs 1 BVergG legt überdies den Schluss nahe, dass aus pauschalgebührenrechtlicher Sicht das Provisorialverfahren, das Nachprüfungsverfahren sowie ein allfälliges Feststellungsverfahren gesondert zu betrachten sind. Dies findet auch in der Rechtsprechung des VwGH Bestätigung. Das Höchstgericht betont zudem die Sonderstellung der Pauschalgebühr des BVergG gegenüber dem zivilprozessualen Rechtsschutz und der Eingabegebühr des VwGH (soweit VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0081; dem folgend VwGH vom 28. Juli 2004, 2004/04/0101). Demzufolge spricht das Bundesvergabeamt in mittlerweile ständiger Rechtsprechung gesondert über einen allfälligen Ersatz der für eine einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr ab (siehe beispielsweise BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05-50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 1. Juli 2005, 16N- 16N-36/05-37, und BVA vom 18. August 2005, 16N-80/05-6). Das Bundesvergabeamt hat daher über den gegenständlichen Antrag, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr aufzuerlegen, zu entscheiden. Die Konzeption des Paragraph 177, Absatz eins, BVergG legt überdies den Schluss nahe, dass aus pauschalgebührenrechtlicher Sicht das Provisorialverfahren, das Nachprüfungsverfahren sowie ein allfälliges Feststellungsverfahren gesondert zu betrachten sind. Dies findet auch in der Rechtsprechung des VwGH Bestätigung. Das Höchstgericht betont zudem die Sonderstellung der Pauschalgebühr des BVergG gegenüber dem zivilprozessualen Rechtsschutz und der Eingabegebühr des VwGH (soweit VwGH vom 30. Juni 2004, 2004/04/0081; dem folgend VwGH vom 28. Juli 2004, 2004/04/0101). Demzufolge spricht das Bundesvergabeamt in mittlerweile ständiger Rechtsprechung gesondert über einen allfälligen Ersatz der für eine einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr ab (siehe beispielsweise BVA vom 17. Mai 2005, 4N-17/05-50; BVA vom 23. Mai 2005, 6N-41/05-7; BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15; BVA vom 1. Juli 2005, 16N- 16N-36/05-37, und BVA vom 18. August 2005, 16N-80/05-6).

Aus inhaltlicher Sicht ist im gegenständlichen Fall die ua. beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verfügt worden. Es ist daher im Provisorialverfahren jedenfalls ein teilweises Obsiegen der Antragstellerin gemäß § 177 Abs 5 BVergG gegeben, sodass entsprechend Spruchpunkt II ein Kostenersatz in der Höhe von Euro 2.500,- auszusprechen war. Die Zahlungsfrist von vier Wochen wurde wiederum in Ansehung der bei (größeren) Auftraggebern zu wählenden zahlreichen Verwaltungsschritte vorgegeben. Aus inhaltlicher Sicht ist im

gegenständlichen Fall die ua. beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verfügt worden. Es ist daher im Provisorialverfahren jedenfalls ein teilweises Obsiegen der Antragstellerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG gegeben, sodass entsprechend Spruchpunkt römisch zwei ein Kostenersatz in der Höhe von Euro 2.500,- auszusprechen war. Die Zahlungsfrist von vier Wochen wurde wiederum in Ansehung der bei (größeren) Auftraggebern zu wählenden zahlreichen Verwaltungsschritte vorgegeben.

Schlagworte

Provisorialverfahren, Pauschalgebühr, Kostenersatz;

Dokumentnummer

VERGT_20050930_16N_91_05_8_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