

TE Verg Bescheid 2005/9/19 16F-10/02-21

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.09.2005

Norm

SektorenRL 2004 Art5 Abs1

SektorenRL 1993 Art2 Abs2

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §18

BVergG 2002 §21 Abs1

BvergG 2002 §96 Abs2

BVergG 2002 §120 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs2 Z3

BVergG 2002 §124 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs1

BVergG 2002 §168

BVergG 2002 §177 Abs2

BVergG 2002 §188 Abs1

BVergG 2002 §188 Abs3

BVergG 1997 §84 Abs2 Z3

BVergG 1997 §89 Abs2

BVergG 1997 §115 Abs4

BVergG 1997 §115 Abs5

AVG §38a

VwGG §28 Z4

BundesbahnG §1 Abs3

1. AVG § 38a heute

2. AVG § 38a gültig ab 01.01.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011

3. AVG § 38a gültig von 01.07.1995 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

1. VwGG § 28 heute

2. VwGG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGG § 28 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

5. VwGG § 28 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008

6. VwGG § 28 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004

7. VwGG § 28 gültig von 01.01.1991 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 19. September 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Generalanwalt iR. Dr. Peter Reindl als Vertreter der Auftraggeberseite und Mag. Alexander Piekniczek als Vertreter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß § 162 Abs 3 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005, betreffend das Vergabeverfahren "Zweigleisiger Ausbau Ennstal/Abschnitt Stainach - Wörschach/Strecke Bischofshofen - Selzthal/Bauphase 1B/km 80,650 - km 81,550/km 82,625 - km 84,500" des Auftraggebers Österreichische Bundesbahnen (ÖBB), Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30. August 2002, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 2. September 2002, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 19. September 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, sowie Generalanwalt iR. Dr. Peter Reindl als Vertreter der Auftraggeberseite und Mag. Alexander Piekniczek als Vertreter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,, betreffend das Vergabeverfahren "Zweigleisiger Ausbau Ennstal/Abschnitt Stainach - Wörschach/Strecke Bischofshofen - Selzthal/Bauphase 1B/km 80,650 - km 81,550/km 82,625 - km 84,500" des Auftraggebers Österreichische Bundesbahnen (ÖBB), Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 30. August 2002, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 2. September 2002, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag der A*** auf Feststellung, "dass wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 1997 (Bestbieterprinzip) der Zuschlag nicht dem Bestbieter (der Antragstellerin) erteilt worden ist", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 21 Abs 1, 120 Abs 1 und 2 Z 3 sowie 124
Rechtsgrundlage: Paragraphen 21, Absatz eins, 120, Absatz eins und 2 Ziffer 3, sowie 124

Abs 2 BVergG 2002 Absatz 2, BVergG 2002

Begründung

Die Antragstellerin stellte mit Schreiben vom 30. August 2002, eingelangt bei der Behörde am 2. September 2002, das dem Spruch zu entnehmende Begehren und führte im Wesentlichen wie folgt aus:

Der Auftraggeber habe die gegenständlichen Bauarbeiten im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben. Man habe fristgerecht ein Angebot mit einer Nettoangebotssumme von zunächst Euro 4.892.377,55 (exkl. USt.) gelegt. Im Zuge des Vergabeverfahrens habe jedoch der Auftraggeber mittels Schreiben vom 13. Mai 2002 aus der ursprünglichen Ausschreibung bestimmte Positionen für Baurestmassen ausgenommen. Einer entsprechenden Aufforderung folgend habe man ein neuerliches Angebot mit einer Summe von Euro 3.842.324,84 (exkl. USt.) unterbreitet. Bei diesem habe es sich nach Maßgabe der verwendeten Bestbieterkriterien um das wirtschaftlich günstigste Angebot gehandelt. Anlässlich eines Verhandlungsgespräches am 13. Juni 2002 seien einige weitere Positionen des Leistungsverzeichnisses gestrichen worden. Sodann sei die Antragstellerin aufgefordert worden, einen weiteren Pauschalnachlass zu gewähren. Dieser habe letztlich 0,5% der Angebotssumme betragen. Mittels Schreiben vom 5. Juli 2002 sei ihr mitgeteilt worden, dass eine Zuschlagserteilung auf das Angebot einer konkurrierenden Bietergemeinschaft beabsichtigt werde.

Diese Zuschlagsentscheidung sei in rechtswidriger Weise ergangen. Zum einen würden die Gründe für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens nicht vorliegen. Der Auftraggeber hätte daher ein offenes Verfahren durchführen müssen. Überdies sei der Bestbieter auf Grund jedenfalls unzulässiger reiner Preisverhandlungen ermittelt worden. Wären diese unterblieben, so hätte dem Angebot der Antragstellerin trotz des gewählten Verhandlungsverfahrens der Zuschlag erteilt werden müssen. Es werde sohin die Entscheidung des Auftraggebers bekämpft, dem Angebot einer konkurrierenden Bietergemeinschaft den Zuschlag zu erteilen.

In einer Bekanntgabe vom 29. Juli 2005, eingelangt bei der Behörde am 1. August 2005, nahm die Antragstellerin auf das zwischenzeitig vorliegende Urteil des EuGH Bezug. Zunächst werde bekannt gegeben, dass der Feststellungsantrag

vom 2. September 2002 vollinhaltlich aufrechterhalten werde. Im Übrigen setze eine Anwendung der SektorenRL 2003 das Betreiben eines vorhandenen Netzes im Verkehrsbereich voraus. Unter diesem Gesichtspunkt könne der Verfahrensgegenständliche Bauauftrag nicht in Ausübung der Tätigkeit des Betreibens von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene vergeben worden sein. An diesem Interpretationsergebnis ändere sich auch dann nichts, wenn dem fortzusetzenden Verfahren das BVergG 2002 zugrunde zu legen sei. Die betreffenden Bestimmungen des BVergG 2002 seien im konkreten Fall richtlinienwidrig und dürften vom Bundesvergabebeamten iSd "Santex-Doktrin" nicht angewendet werden. Der EuGH habe im vorliegenden Urteil nur ausgesprochen, dass die Auffassung, "dass Infrastrukturmaßnahmen wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht in den sachlichen Geltungsbereich der Sektorenrichtlinie fallen", falsch sei. Dies habe keinerlei Auswirkungen auf das oben gezeigte Interpretationsergebnis.

In einer Stellungnahme vom 16. Oktober 2002 hielt der Auftraggeber fest, dass im gegenständlichen Fall sehr wohl die Gründe für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens vorliegen würden. Der Auftraggeber sei generell auch für den Unternehmensbereich "Infrastruktur" als Sektorenauftraggeber zu behandeln und sohin berechtigt, ein Verhandlungsverfahren ohne Darlegung besonderer Gründe durchzuführen. In diesem Zusammenhang sei auf die nun klarstellende Bestimmung des § 120 Abs 2 Z 3 BVergG 2002 hinzuweisen. Nunmehr sei ausdrücklich auch die Bereitstellung von Netzen dem Sektorenregime unterstellt. Des Weiteren sei die Behauptung der Antragstellerin, der Bestbieter sei aufgrund unzulässiger reiner Preisverhandlungen ermittelt worden, völlig unzutreffend. Die nach der Angebotsöffnung am 29. Mai 2002 durchgeführte Angebotsbewertung habe ergeben, dass zunächst das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von Euro 3.842.324,84 (exkl. USt.) an die erste Stelle zu reihen sei. Das Angebot der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin habe hingegen einen Preis von Euro 4.059.955,03 (exkl. USt.) aufgewiesen. Richtig sei, dass am 13. Juni 2002 mit den beiden erstgereihten Bietern der Antragstellerin und der Zuschlagsempfängerin Verhandlungen über ihre Angebote geführt worden seien. Mit beiden Bietern seien Aufklärungsgespräche geführt worden, reine Preisverhandlungen hätten allerdings nicht stattgefunden. Vielmehr sei beiden Bietern gleichzeitig und somit unter Wahrung der Chancengleichheit die Möglichkeit gegeben worden, in einer "Kuvertrunde" ihre Angebotspreise noch zu verbessern. Beide Kuverts seien am selben Tag um 15.15 Uhr geöffnet worden. Die Antragstellerin habe in dieser "Kuvertrunde" einen Nachlass von 0,5%, die Zuschlagsempfängerin einen Nachlass von 9% angeboten. Dadurch habe die Bestbieterermittlung ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin das beste Angebot gelegt habe. In einer Stellungnahme vom 16. Oktober 2002 hielt der Auftraggeber fest, dass im gegenständlichen Fall sehr wohl die Gründe für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens vorliegen würden. Der Auftraggeber sei generell auch für den Unternehmensbereich "Infrastruktur" als Sektorenauftraggeber zu behandeln und sohin berechtigt, ein Verhandlungsverfahren ohne Darlegung besonderer Gründe durchzuführen. In diesem Zusammenhang sei auf die nun klarstellende Bestimmung des Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2002 hinzuweisen. Nunmehr sei ausdrücklich auch die Bereitstellung von Netzen dem Sektorenregime unterstellt. Des Weiteren sei die Behauptung der Antragstellerin, der Bestbieter sei aufgrund unzulässiger reiner Preisverhandlungen ermittelt worden, völlig unzutreffend. Die nach der Angebotsöffnung am 29. Mai 2002 durchgeführte Angebotsbewertung habe ergeben, dass zunächst das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von Euro 3.842.324,84 (exkl. USt.) an die erste Stelle zu reihen sei. Das Angebot der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin habe hingegen einen Preis von Euro 4.059.955,03 (exkl. USt.) aufgewiesen. Richtig sei, dass am 13. Juni 2002 mit den beiden erstgereihten Bietern der Antragstellerin und der Zuschlagsempfängerin Verhandlungen über ihre Angebote geführt worden seien. Mit beiden Bietern seien Aufklärungsgespräche geführt worden, reine Preisverhandlungen hätten allerdings nicht stattgefunden. Vielmehr sei beiden Bietern gleichzeitig und somit unter Wahrung der Chancengleichheit die Möglichkeit gegeben worden, in einer "Kuvertrunde" ihre Angebotspreise noch zu verbessern. Beide Kuverts seien am selben Tag um 15.15 Uhr geöffnet worden. Die Antragstellerin habe in dieser "Kuvertrunde" einen Nachlass von 0,5%, die Zuschlagsempfängerin einen Nachlass von 9% angeboten. Dadurch habe die Bestbieterermittlung ergeben, dass die Zuschlagsempfängerin das beste Angebot gelegt habe.

Wenn nun die Antragstellerin ausführe, dass ihr keine weitere Möglichkeit zur Änderung ihres Angebotes gegeben worden sei, bringe sie zum Ausdruck, dass sie in Kenntnis des von der Konkurrenz gewährten Nachlasses die eigene Angebotsstellung hinsichtlich des Preises bzw. des Rabattes nochmals überdacht hätte. Ein solches Vorgehen hätte jedoch eine eklatante Verletzung der Chancengleichheit gegenüber der Zuschlagsempfängerin nach sich gezogen. Die europarechtlichen Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs würden gerade jenen Preisverhandlungen entgegenstehen, in denen die Angebote von Bietern gegenseitig ausgespielt werden. Im Übrigen sei darauf zu

verweisen, dass sich die Antragstellerin - ohne irgendwelche Bedenken mitzuteilen - am Verhandlungsverfahren beteiligt habe. Erst als hervor getreten sei, dass sie im vorliegenden Verfahren nicht den Zuschlag erhalten werde, habe sie ein Verfahren vor dem Bundesvergabeamt angestrengt.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der Auftraggeber eine rechtskonforme Ausschreibung sowie Bestbieterermittlung durchgeführt habe. Sollte das Bundesvergabeamt dennoch zu der Auffassung gelangen, dass der Auftraggeber gegen das Vergaberecht verstoßen habe, so sei zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin gegenüber dem ermittelten Bestbieter ein qualitativ und preislich schlechteres Angebot abgegeben habe und sie deshalb keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt habe. Es werde daher ein betreffender "Gegenantrag" gestellt.

Auf Grund der Stellungnahmen der Antragstellerin und des Auftraggebers, der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung am 19. September 2005, der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen sowie der Inhalte der Verfahrensakte N-38/02 und 16V-28/02 wurde folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt festgestellt:

Im Zuge des zweigleisigen Ausbaus der Strecke Bischofshofen-Selzthal schrieben die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) zur Erlangung von Gleis-, Brücken- und Stahlbetonbauarbeiten für den Abschnitt Stainach-Wörschach ein zweistufiges Verhandlungsverfahren aus. Das Vorhaben gliederte sich in eine Bauphase 1A sowie in die verfahrensgegenständliche Bauphase 1B, wobei der geschätzte Auftragswert insgesamt den damals bei Bauaufträgen zu beachtenden Schwellenwert von Euro 5.000.000,-

bzw. den nunmehr maßgeblichen Betrag von Euro 5.923.000,- bei weitem überschritt (siehe unbestrittene Ausführungen des Auftraggebers vom 19. Juli 2002, OZ 6 des Nachprüfungsaktes N- 38/02, sowie Ausführungen von Ing. Karl Berger in der mündlichen Verhandlung vom 19. September 2005, OZ 19).

Die betreffenden Arbeiten wurden in einer regelmäßigen Bekanntmachung vom 20. Dezember 2000 erstmals im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften publik gemacht. In der EU-weiten Bekanntmachung vom 12. September 2001 wurde festgelegt, dass die Teilnahmeanträge bis 16. Oktober 2001 einzugehen haben (siehe regelmäßige Bekanntmachung 2000/S 249-160513 und Bekanntmachung 2001/S 178-122739 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, jeweils Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Mit Schreiben vom 30. Oktober 2001 wurden 26 Bauunternehmen eingeladen, bis 29. November 2001, 12.00 Uhr, Angebote abzugeben. Zugleich wurden jeweils die Angebotsunterlagen übermittelt. In einer Nachsendung vom 19. November 2001 wurden die Bewerber von der Änderung zweier Positionen im Leistungsverzeichnis in Kenntnis gesetzt (soweit Schreiben vom 30. Oktober 2001 bzw. 19. November 2001, jeweils Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02).

In einem Schreiben vom 12. November 2001 teilten die A*** (Antragstellerin), die Allgemeine Baugesellschaft - B***, die Bauunternehmung C*** und die D*** dem Auftraggeber die Absicht mit, als Bietergemeinschaft anzubieten. Mit Schreiben vom 28. November 2001 wurde von der Antragstellerin die einvernehmliche Auflösung der Bietergemeinschaft vor Abgabe eines Angebots bekannt gegeben (siehe betreffende Schreiben, wiederum Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Am 30. November 2001 fand eine nichtöffentliche, kommissionelle Angebotsöffnung statt. Angebote wurden ua. von einer Bietergemeinschaft, bestehend aus der C*** und der D***, (Zuschlagsempfängerin) mit einer Summe von Euro 3.662.221,19 (exkl. USt.), von der E*** mit einer Summe von Euro 3.787.300,70 (exkl. USt.) sowie von der Antragstellerin mit einer Summe von Euro 4.892.377,58 (exkl. USt.) gelegt (siehe Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle vom 31. Jänner 2002, Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Im Zuge der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass von einem Teil der Bieter die gesetzlich vorgeschriebenen ALSAG-Beträge nicht berücksichtigt wurden und die Einheitspreise zu den Erdbauarbeiten eine breite Streuung aufweisen. Mangels Vergleichbarkeit wurde daher sowohl von der Begleitenden Kontrolle als auch der Projektleitung eine "Aufhebung der Ausschreibung" mit nachfolgender Neuausschreibung empfohlen (vgl. Schreiben der ÖBB-Planung & Engineering vom 30. Jänner 2002 und Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle vom 31. Jänner 2002, jeweils Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N- 38/02). In einem Schreiben vom 12. November 2001 teilten die A*** (Antragstellerin), die Allgemeine Baugesellschaft - B***, die Bauunternehmung C*** und die D*** dem Auftraggeber die Absicht mit, als Bietergemeinschaft anzubieten. Mit Schreiben vom 28. November 2001 wurde von der Antragstellerin die einvernehmliche Auflösung der Bietergemeinschaft vor Abgabe eines Angebots bekannt gegeben (siehe betreffende Schreiben, wiederum Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Am 30. November 2001 fand eine nichtöffentliche, kommissionelle Angebotsöffnung statt. Angebote wurden ua. von einer Bietergemeinschaft, bestehend aus der C*** und der D***, (Zuschlagsempfängerin) mit einer Summe von Euro 3.662.221,19 (exkl. USt.),

von der E*** mit einer Summe von Euro 3.787.300,70 (exkl. USt.) sowie von der Antragstellerin mit einer Summe von Euro 4.892.377,58 (exkl. USt.) gelegt (siehe Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle vom 31. Jänner 2002, Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Im Zuge der Angebotsprüfung wurde festgestellt, dass von einem Teil der Bieter die gesetzlich vorgeschriebenen ALSAG-Beträge nicht berücksichtigt wurden und die Einheitspreise zu den Erdbauarbeiten eine breite Streuung aufweisen. Mangels Vergleichbarkeit wurde daher sowohl von der Begleitenden Kontrolle als auch der Projektleitung eine "Aufhebung der Ausschreibung" mit nachfolgender Neuausschreibung empfohlen vergleiche Schreiben der ÖBB-Planung & Engineering vom 30. Jänner 2002 und Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle vom 31. Jänner 2002, jeweils Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N- 38/02).

Mit einem als "2. Nachsendung" titulierten Schreiben vom 13. Mai 2002 wurden den 26 Unternehmern, die zur Angebotsabgabe eingeladen wurden, ein geändertes Lang-Leistungsverzeichnis, ein geändertes Kurz-Leistungsverzeichnis sowie eine Auflistung der Änderungen und Ergänzungen des Leistungsverzeichnisses übermittelt. Änderungen ergaben sich insbesondere im Hinblick auf die Deponierung des Aushubmaterials. Nunmehr erfolgten die Festlegung der Deponien sowie die Übernahme der Deponiegebühren durch den Auftraggeber. Der Transport zu den Deponien war jedoch unverändert von Auftragnehmerseite wahrzunehmen. Als neuer Abgabetermin wurde der 29. Mai 2002, 12.00 Uhr, festgelegt. Die Zuschlagsfrist wurde im Nachsendungsschreiben mit drei Monaten neu festgesetzt und der Baubeginn für Anfang August 2002 vorgegeben. Unter Position 00 0010620 des adaptierten Leistungsverzeichnisses wurden der Preis und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterien angegeben. Die Gesamt-gewährleistung wurde mit 10 Jahren begrenzt. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass eine angebotene Verlängerung ihrem Ausmaß entsprechend monetär berücksichtigt wird. Pro Verlängerungsjahr sollte der jeweilige Angebotspreis fiktiv um 0,4% verringert werden. Unter Position 00 0012160 wurde auf die Gültigkeit der "Allgemeinen Vergabe- und Vertragsbestimmungen der ÖBB für Bauaufträge" in der Ausgabe vom September 2000 verwiesen. Diese sehen unter Punkt 1.11.2 vor, dass es im Verhandlungsverfahren der vergebenden Stelle unbenommen bleibt, "nach deren Ermessen über den gesamten Auftragsinhalt zu verhandeln" (siehe 2. Nachsendung vom 13. Mai 2002 samt Anhänge sowie "Allgemeine Vergabe- und Vertragsbedingungen der ÖBB für Bauaufträge, jeweils Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02).

Am 29. Mai 2002 fand erneut eine nichtöffentliche, kommissionelle Angebotsöffnung statt. Insgesamt langten fristgerecht neun Angebote ein. Darunter befanden sich ein Angebot der Antragstellerin mit einer Summe von Euro 3.842.324,84 (ohne USt.) und einer - im Begleitschreiben eingeräumten - maximalen Verlängerung der Gewährleistungsfrist, ein Angebot der Zuschlagsempfängerin mit einer Summe von Euro 4.059.955,03 (ohne USt.) sowie der E*** mit einer Summe von Euro 4.204.563,21 (exkl. USt.). Die weiteren Angebote wiesen Nettobeträge zwischen Euro 4.602.535,57 und Euro 6.400.902,12 auf (siehe Angebotsöffnungsprotokoll vom 29. Mai 2002; Stellungnahme der Begleitenden Kontrolle vom 14. Juni 2002 sowie betreffende Angebote, jeweils Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N- 38/02).

Am 13. Juni 2002 wurden sowohl mit der Antragstellerin als auch der Zuschlagsempfängerin Verhandlungsgespräche geführt. Die Positionen Beistellen eines Kopiergeräts, eines Laptops und einer Digitalkamera wurden jeweils gestrichen. Im Rahmen des Gesprächs mit der Zuschlagsempfängerin wurde eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist von fünf Jahren ergänzend angeboten. Überdies wurden in den Positionen 01 9003900 (Baustofflieferungen) und 04 280203D (Verschluss der Rohrmündungen) die ursprünglichen Einheitspreise auf Euro 0,8 bzw. Euro 3,96 korrigiert. Daraus resultierten Positionspreise von Euro 44.000,- anstelle von Euro 4.400,- bzw. von Euro 3,96 anstelle von Euro 39,11. Im Übrigen wurden mit beiden Bietern einzelne Positionen besprochen. Dieser Gesprächsinhalt sollte ausdrücklich bei einem in Aussicht gestellten Gesamtnachlass berücksichtigt werden. Am Schluss der Verhandlungsgespräche wurde den Bietervertretern jeweils ein Kuvert übergeben, in denen ein allenfalls zu gebender Nachlass zu deponieren war. Die verschlossenen Kuverts wurden jeweils sogleich den Vertretern des Auftraggebers übergeben. Im Anschluss an die Verhandlungen erfolgte eine kommissionelle Öffnung der beiden Kuverts (siehe Niederschriften vom 13. Juni 2002, Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Seitens der Antragstellerin wurde ein Nachlass von 0,5% und seitens der Zuschlagsempfängerin ein Nachlass von 9% gewährt (soweit betreffende Schriftstücke vom 13. Juni 2002, Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02).

Mit Telefax vom 5. Juli 2002 wurde sämtlichen Bietern, die der zweiten Aufforderung folgend ein Angebot gelegt haben, die Absicht mitgeteilt, dem "Angebot der Arge D***-E*** den Zuschlag zu erteilen" (siehe Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 5. Juli 2002, Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Mit Schreiben vom 17. Juli

2002 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird (OZ 1 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Am 22. Juli 2002, 9.34 Uhr, wurde der Zuschlagsempfängerin ein entsprechend gefertigter Schlussbrief mittels Telefax übermittelt. Darin wird eine Auftragssumme von Euro 3.723.237,59 (ohne USt.) ausgewiesen (siehe Schlussbrief samt Sendebestätigung vom 22. Juli 2002, Beilage zu OZ 14 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Das Bundesvergabeamt übermittelte dem Auftraggeber mittels Telefax am 22. Juli 2002, 19.02 Uhr, einen die Zuschlagserteilung untersagenden Bescheid (eV-Bescheid samt Sendebestätigung, OZ 12 des Nachprüfungsaktes N-38/02).

Mit Bescheid vom 30. August 2002, N-38/02-26, stellte das Bundesvergabeamt fest, dass eine Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, vorliegt. Eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war angesichts einer zwischenzeitig erfolgten Zuschlagserteilung nicht mehr möglich (OZ 26 des Nachprüfungsaktes N-38/02). Mit Schreiben vom 30. August 2002, eingelangt bei der Behörde am 2. September 2002, wandte sich die Antragstellerin mit dem verfahrens-gegenständlichen Antrag an das Bundesvergabeamt (siehe OZ 1). Mittels Vorlagebeschluss vom 27. Oktober 2003 richtete das Bundesvergabeamt Fragen zum Vorliegen einer Sektorentätigkeit an den Europäischen Gerichtshof (EuGH; OZ 6). In einer Entscheidung vom 27. September 2004, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 7. Dezember 2004, wies der Verfassungsgerichtshof (VfGH) eine Beschwerde des Auftraggebers gegen den Bescheid vom 30. August 2002 mangels Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts ab (siehe OZ 3 des Beschwerdeaktes 16V- 28/02). Mit Urteil vom 16. Juni 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 22. Juni 2005, antwortete der EuGH auf die vorgelegten Fragen (OZ 13).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv und in Klammer angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Unterlagen keine Bedenken ergeben.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Anzuwendende Rechtsvorschriften

1. 1.Ziffer eins

BVergG 1997 bzw. BVergG 2002?

Gemäß § 188 Abs 1 BVergG 2002 gilt dieses Bundesgesetz nicht für jene Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des jeweiligen Inkrafttretens bereits eingeleitet wurden. Nach der gefestigten Rechtsprechung und dem nahezu einhelligen Schrifttum ist dies dahingehend zu werten, dass vor dem 1. September 2002 eingeleitete Vergabeverfahren vom Bundesvergabeamt zwar in seiner "neuen" Erscheinungsform, aber unter Zugrundelegung der materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997 zu beurteilen sind (vgl. zB VfGH 2.12.2004, B 1843/02-9; VfGH 28.2.2005, B 173/03; BVA 17.7.2003, 17N-1/03-11; BVA 8.10.2003, 2N-19/01-44; BVA 10.3.2004, 1N-9/03-43, und BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 4ff zu § 188; Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 112f; Latzenhofer, BVergG 2002 - Inkraft-Treten des Rechtsschutzsystems, ZVB 2002/97 sowie Katary, Das Bundesvergabeamt nach dem 31. August 2002, ZVB 2003/2). Im gegenständlichen Fall wurde nun das Vergabeverfahren vor Inkrafttreten des BVergG 2002 eingeleitet und beendet. Der Antrag auf Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht nicht dem Bestbieter erteilt wurde, langte am 2. September 2002, somit am ersten Tag des Tätigwerdens des Bundesvergabeamt in der neuen Organisationsform, bei der Behörde ein. Es ist demnach vorerst davon auszugehen, dass organisationsrechtlich zwar das BVergG 2002 gilt, im Übrigen aber die Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden sind. Gemäß Paragraph 188, Absatz eins, BVergG 2002 gilt dieses Bundesgesetz nicht für jene Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des jeweiligen Inkrafttretens bereits eingeleitet wurden. Nach der gefestigten Rechtsprechung und dem nahezu einhelligen Schrifttum ist dies dahingehend zu werten, dass vor dem 1. September 2002 eingeleitete Vergabeverfahren vom Bundesvergabeamt zwar in seiner "neuen" Erscheinungsform, aber unter Zugrundelegung der materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997 zu beurteilen sind vergleiche zB VfGH 2.12.2004, B 1843/02-9; VfGH 28.2.2005, B 173/03; BVA 17.7.2003, 17N-1/03-11; BVA 8.10.2003, 2N-19/01-44; BVA 10.3.2004, 1N-9/03-43, und BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 4ff zu Paragraph 188,; Katary in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 112f; Latzenhofer, BVergG 2002 - Inkraft-Treten des Rechtsschutzsystems, ZVB 2002/97 sowie Katary, Das Bundesvergabeamt nach dem 31.

August 2002, ZVB 2003/2). Im gegenständlichen Fall wurde nun das Vergabeverfahren vor Inkrafttreten des BVergG 2002 eingeleitet und beendet. Der Antrag auf Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Vergaberecht nicht dem Bestbieter erteilt wurde, langte am 2. September 2002, somit am ersten Tag des Tätigwerdens des Bundesvergabebeamten in der neuen Organisationsform, bei der Behörde ein. Es ist demnach vorerst davon auszugehen, dass organisationsrechtlich zwar das BVergG 2002 gilt, im Übrigen aber die Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden sind.

Diese grundsätzliche Regelung des Übergangs der bundesvergabegesetzlichen Bestimmungen erfährt jedoch im Hinblick auf einzelne Verfahrensszenarien in § 188 Abs 3 BVergG 2002 eine Durchbrechung. Ua. sind Verfahren, die vom Bundesvergabebeamten nach dem 1. September 2002 nach den Bestimmungen des BVergG 1997 fortzuführen sind, nach einer Verfahrensaussetzung bzw. einem Vorabentscheidungsersuchen iSd § 38a AVG und der Klärung der jeweiligen Vorfrage bzw. dem Einlangen der Antworten des EuGH nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen. Unter der - einzig nahe liegenden - Maßgabe dass mit der "Fortführung" auch auf nach dem 1. September 2002 anhängig gemachte Kontrollverfahren Bezug genommen wird, wird dieser Tatbestand in der gegenständlichen Konstellation verwirklicht. Parallel zu einer Reihe weiterer Kontrollverfahren mit gleichen Fragenstellungen und in Ansehung der inhaltlichen Diskrepanz zwischen der (Vorgänger)Entscheidung des "alten" BVA vom 30. August 2002, N-38/02-26, und der Zuweisungspraxis im "neuen" Bundesvergabebeamten hinsichtlich des Vorliegens einer Sektorentätigkeit sah sich der Senat 16 veranlasst, mittels Beschluss vom 27. Oktober 2003 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten. Mit Urteil vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, beantwortete der EuGH die aufgeworfenen Fragen. Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers, der im Sinne der Rechtssicherheit auf einen möglichst raschen Gesetzesübergang abzielt, ist somit im gegenständlichen Fall alleine dem BVergG 2002 Beachtung zu schenken. Diese grundsätzliche Regelung des Übergangs der bundesvergabegesetzlichen Bestimmungen erfährt jedoch im Hinblick auf einzelne Verfahrensszenarien in Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 eine Durchbrechung. Ua. sind Verfahren, die vom Bundesvergabebeamten nach dem 1. September 2002 nach den Bestimmungen des BVergG 1997 fortzuführen sind, nach einer Verfahrensaussetzung bzw. einem Vorabentscheidungsersuchen iSd Paragraph 38 a, AVG und der Klärung der jeweiligen Vorfrage bzw. dem Einlangen der Antworten des EuGH nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu Ende zu führen. Unter der - einzig nahe liegenden - Maßgabe dass mit der "Fortführung" auch auf nach dem 1. September 2002 anhängig gemachte Kontrollverfahren Bezug genommen wird, wird dieser Tatbestand in der gegenständlichen Konstellation verwirklicht. Parallel zu einer Reihe weiterer Kontrollverfahren mit gleichen Fragenstellungen und in Ansehung der inhaltlichen Diskrepanz zwischen der (Vorgänger)Entscheidung des "alten" BVA vom 30. August 2002, N-38/02-26, und der Zuweisungspraxis im "neuen" Bundesvergabebeamten hinsichtlich des Vorliegens einer Sektorentätigkeit sah sich der Senat 16 veranlasst, mittels Beschluss vom 27. Oktober 2003 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten. Mit Urteil vom 16. Juni 2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, beantwortete der EuGH die aufgeworfenen Fragen. Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers, der im Sinne der Rechtssicherheit auf einen möglichst raschen Gesetzesübergang abzielt, ist somit im gegenständlichen Fall alleine dem BVergG 2002 Beachtung zu schenken.

In vergleichbaren Konstellationen hat das Bundesvergabeamt jedoch bereits ausgesprochen, dass unter bestimmten Umständen die Übergangsregelungen außer Acht zu lassen sind, um den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben Genüge zu leisten. (siehe etwa BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42, und BVA 22.7.2004, 12N-13/98-30). Die Grundlage hierfür bildet die Rechtsprechung des EuGH, wonach ein "nationales[s] Gericht das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang anzuwenden und die Rechte die dieses dem einzelnen einräumt zu schützen hat, indem es notfalls jede Bestimmung unangewandt lässt, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gegen diese Richtlinien verstoßenden Ergebnis führen würde, während die Nichtanwendung dieser Bestimmung das nationale Recht mit der Richtlinie in Einklang bringen würde" (etwa EuGH 26.9.2000, Rs C-262/97, "Engelbrecht"). Ein derartiger Anwendungsvorrang wird allerdings nur dann schlagend, wenn die nationalen Vorschriften im Wege der richtlinienkonformen Interpretation nicht in einer Weise ausgelegt werden können, dass die dem einzelnen vom Gemeinschaftsrecht eingeräumten Rechte sichergestellt sind (soweit etwa EuGH 26.9.2000, Rs C-262/97, "Engelbrecht"; EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, "Santex", und VwGH 28.1.2004, 2003/04/0134).

Bei der Beantwortung der Frage, ob § 188 Abs 3 BVergG 2002 im gegenständlichen Fall aus gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen nicht herangezogen werden darf, ist zwischen den verfahrens- und materiellrechtlichen Bestimmungen zu differenzieren (iSd BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42; BVA 22.7.2004, 12N-13/98-30, sowie zuletzt BVA 28.6.2005, 9F-7/00-22).

Aus verfahrensrechtlicher Sicht gilt es zu klären, ob mit dem Gesetzesübergang eine Beeinträchtigung des Effektivitätsgebots einhergeht. Besagtes Gebot kann - neben der innerstaatlichen Verankerung (siehe AB 1118 BgNR 21. GP 56 und Katary, Das Schlagwort "Effektiver Rechtsschutz", in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP II 148) - der RechtsmittelRL entnommen werden. Der maßgebliche Art 1 Abs 1 RechtsmittelRL hält fest, dass "die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der [materiellen Vergaberichtlinien] fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Abs 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können". Anzumerken ist überdies, dass der EuGH dieser an die Mitgliedsstaaten gerichteten Vorgabe unmittelbare Anwendbarkeit zubilligt (soweit EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, "Santex"). Bei der Beantwortung der Frage, ob Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 im gegenständlichen Fall aus gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen nicht herangezogen werden darf, ist zwischen den verfahrens- und materiellrechtlichen Bestimmungen zu differenzieren (idS BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42; BVA 22.7.2004, 12N-13/98-30, sowie zuletzt BVA 28.6.2005, 9F-7/00-22). Aus verfahrensrechtlicher Sicht gilt es zu klären, ob mit dem Gesetzesübergang eine Beeinträchtigung des Effektivitätsgebots einhergeht. Besagtes Gebot kann - neben der innerstaatlichen Verankerung (siehe Ausschussbericht 1118 BgNR 21. Gesetzgebungsperiode 56 und Katary, Das Schlagwort "Effektiver Rechtsschutz", in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP römisch zwei 148) - der RechtsmittelRL entnommen werden. Der maßgebliche Artikel eins, Absatz eins, RechtsmittelRL hält fest, dass "die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der [materiellen Vergaberichtlinien] fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7,, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können". Anzumerken ist überdies, dass der EuGH dieser an die Mitgliedsstaaten gerichteten Vorgabe unmittelbare Anwendbarkeit zubilligt (soweit EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, "Santex").

Im vorliegenden Fall hat sich das Bundesvergabeamt mit einem Feststellungsantrag auseinanderzusetzen. Anders als bei den Anträgen, die auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen abzielen, sieht § 168 BVergG 2002 im Vergleich zu § 115 Abs 4 und 5 BVergG 1997 kaum weitergehende Anforderungen für die Zulässigkeit und die Vollständigkeit des Antrags vor. Einzig in § 168 Abs 3 BVergG 2002 wird nunmehr postuliert, dass ein Antrag auf Feststellung unzulässig ist, "sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 163 geltend gemacht hätte werden können". Dieser Festschreibung der Subsidiarität wurde angesichts des Nachprüfungsverfahrens N-38/02, das nach den damals zu beachtenden Formalvorgaben in zulässiger Weise angestrengt wurde, entsprochen. Ein Schadenersatz wegen eines Vergaberechtsverstoßes soll nicht auch in jenen Fällen ausgeschlossen werden, in denen ein Bieter ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat und der Auftraggeber trotz eines laufenden Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag rechtsgültig erteilen konnte (siehe Arztmann, Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich [2005] 140). Überdies ergibt die Anwendung des BVergG 2002 auch keine Schlechterstellung hinsichtlich der zu tragenden Gebühren. § 177 Abs 2 BVergG 2002 sieht das Entstehen der (Pauschal)Gebührenschild mit der Antragstellung vor (vgl. VwGH 30.6.2004, 2004/04/0081; VwGH 28.7.2004, 2004/04/0101, und BVA 20.2.2004, 8N-128/03-15). Zum Zeitpunkt des Einlangens des konkreten Antrags am 2. September 2002 war - angesichts des § 188 Abs 1 BVergG 2002 - ausschließlich dem BVergG 1997, das noch keine Pauschalgebühr vorsah, Berücksichtigung zu schenken. Erst durch das Vorabentscheidungsersuchen und die betreffenden Antworten des EuGH kam es zur Verwirklichung eines der Tatbestände des § 188 Abs 3 BVergG 2002. Die darin festgeschriebene "Fortführung" nach den Bestimmungen des BVergG 2002 kann jedoch keineswegs im Sinne eines rückwirkenden Entstehens der Pauschalgebührenschild verstanden werden. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass mit der Anwendung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 auf den vorliegenden Fall keine Schlechterstellung für die Parteien einhergeht. Es besteht daher keine Notwendigkeit, die Regelung des § 188 Abs 3 BVergG 2002 außer Acht zu lassen, um das gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgebot zu wahren. Im vorliegenden Fall hat sich das Bundesvergabeamt mit einem Feststellungsantrag auseinanderzusetzen. Anders als bei den Anträgen, die auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen abzielen, sieht Paragraph 168, BVergG 2002 im Vergleich zu Paragraph 115, Absatz 4 und 5 BVergG 1997 kaum weitergehende Anforderungen für die Zulässigkeit und die Vollständigkeit des Antrags vor. Einzig in Paragraph 168, Absatz 3, BVergG 2002 wird nunmehr postuliert, dass ein

Antrag auf Feststellung unzulässig ist, "sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 163, geltend gemacht hätte werden können". Dieser Festschreibung der Subsidiarität wurde angesichts des Nachprüfungsverfahrens N-38/02, das nach den damals zu beachtenden Formalvorgaben in zulässiger Weise angestrengt wurde, entsprochen. Ein Schadenersatz wegen eines Vergaberechtsverstoßes soll nicht auch in jenen Fällen ausgeschlossen werden, in denen ein Bieter ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat und der Auftraggeber trotz eines laufenden Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag rechtsgültig erteilen konnte (siehe Arztmann, Schadenersatz im Vergaberecht in Deutschland und Österreich [2005] 140). Überdies ergibt die Anwendung des BVergG 2002 auch keine Schlechterstellung hinsichtlich der zu tragenden Gebühren. Paragraph 177, Absatz 2, BVergG 2002 sieht das Entstehen der (Pauschal)Gebührenschild mit der Antragstellung vor (vergleiche VwGH 30.6.2004, 2004/04/0081; VwGH 28.7.2004, 2004/04/0101, und BVA 20.2.2004, 8N-128/03-15). Zum Zeitpunkt des Einlangens des konkreten Antrags am 2. September 2002 war - angesichts des Paragraph 188, Absatz eins, BVergG 2002 - ausschließlich dem BVergG 1997, das noch keine Pauschalgebühr vorsah, Berücksichtigung zu schenken. Erst durch das Vorabentscheidungsersuchen und die betreffenden Antworten des EuGH kam es zur Verwirklichung eines der Tatbestände des Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002. Die darin festgeschriebene "Fortführung" nach den Bestimmungen des BVergG 2002 kann jedoch keineswegs im Sinne eines rückwirkenden Entstehens der Pauschalgebührenschild verstanden werden. Insgesamt ist daher festzuhalten, dass mit der Anwendung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 auf den vorliegenden Fall keine Schlechterstellung für die Parteien einhergeht. Es besteht daher keine Notwendigkeit, die Regelung des Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 außer Acht zu lassen, um das gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsgebot zu wahren.

Hinsichtlich der materiellen Bestimmungen sind das vom EuGH postulierte Rückwirkungsgebot sowie - aus innerstaatlicher Sicht - die Ausführungen des VfGH zum Vertrauensschutz zu berücksichtigen. Nach der Judikatur des EuGH ist für die Bewertung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Vergabeverfahren jene Rechtslage heranzuziehen, die zum Zeitpunkt gegolten hat, als die Entscheidung getroffen wurde (EuGH 5.10.2000, Rs C-337/98, "Kommission/Frankreich"). Der Gerichtshof hatte in einer jüngeren Entscheidung überdies einen an der Schnittstelle zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht gelegenen Sachverhalt zu beurteilen und dabei ausgesprochen, dass es "nach ständiger Rechtsprechung für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung ist, dass die Rechtslage für den einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen" (EuGH 24.7.2003, Rs C-280/00, "Altmarkt Trans"; soweit bereits BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42). Nach der Rechtsprechung des VfGH verbietet der Gleichheitsgrundsatz unter bestimmten Umständen eine rückwirkende Geltung von Gesetzen (siehe zB Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ [2000] Rz 1350/2 mwN). Wenngleich die diesbezüglichen Ausführungen nahezu ausschließlich auf das Steuer- und Sozialrecht Bezug nehmen, hat man diesen Grundsatz auch im Vergaberecht zu beachten. Das (innerstaatliche) Verfassungsrecht gebietet daher möglicherweise eine korrigierende Sicht der Übergangsregelung des § 188 Abs 3 BVergG 2002. Hinsichtlich der materiellen Bestimmungen sind das vom EuGH postulierte Rückwirkungsgebot sowie - aus innerstaatlicher Sicht - die Ausführungen des VfGH zum Vertrauensschutz zu berücksichtigen. Nach der Judikatur des EuGH ist für die Bewertung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Vergabeverfahren jene Rechtslage heranzuziehen, die zum Zeitpunkt gegolten hat, als die Entscheidung getroffen wurde (EuGH 5.10.2000, Rs C-337/98, "Kommission/Frankreich"). Der Gerichtshof hatte in einer jüngeren Entscheidung überdies einen an der Schnittstelle zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht gelegenen Sachverhalt zu beurteilen und dabei ausgesprochen, dass es "nach ständiger Rechtsprechung für die Erfüllung des Erfordernisses der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung ist, dass die Rechtslage für den einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen" (EuGH 24.7.2003, Rs C-280/00, "Altmarkt Trans"; soweit bereits BVA 7.6.2004, 10N-15/99-42). Nach der Rechtsprechung des VfGH verbietet der Gleichheitsgrundsatz unter bestimmten Umständen eine rückwirkende Geltung von Gesetzen (siehe zB Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ [2000] Rz 1350/2 mwN). Wenngleich die diesbezüglichen Ausführungen nahezu ausschließlich auf das Steuer- und Sozialrecht Bezug nehmen, hat man diesen Grundsatz auch im Vergaberecht zu beachten. Das (innerstaatliche) Verfassungsrecht gebietet daher möglicherweise eine korrigierende Sicht der Übergangsregelung des Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002.

Der vorliegende Feststellungsantrag wendet sich gegen eine Zuschlagserteilung an eine konkurrierende Bietergemeinschaft. Diese soll nach dem Antragsvorbringen zum einen aufgrund einer unzulässigen Wahl des

Verhandlungsverfahrens und zum anderen wegen unzulässiger reiner Preisverhandlungen auf einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung beruhen. Beide Problemkreise werden im BVergG 2002 und BVergG 1997 durchaus unterschiedlich geregelt. Dieser Diskrepanz kommt allerdings - wie in der Folge aufzuzeigen sein wird - keine Relevanz zu. Die Ausführungen des EuGH legen sowohl bei Zugrundelegung der Wortfolge "Bereitstellung oder Betreiben von Netzen" des § 120 Abs 2 Z 3 BVergG 2002 als auch bei Bezugnahme auf die Umschreibung "Betreiben von Netzen" in § 84 Abs 2 Z 3 BVergG 1997 einzig den Schluss nahe, dass die ÖBB hinsichtlich der gegenständlichen Bauarbeiten eine Sektorentätigkeit ausüben. Beide Gesetzesfassungen ermöglichen einem im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber die freie Wahl zwischen offenem, nicht offenem und Verhandlungsverfahren. Dem BVergG 1997 ist weiters ein explizites Verbot reiner Preisverhandlungen fremd, das BVergG 2002 normiert ein solches in seinem § 96 Abs 2 ausschließlich für den "klassischen" Bereich. Da die beiden Fassungen des BVergG somit zu keiner unterschiedlichen Beurteilung des konkreten Sachverhalts führen, besteht auch keine Notwendigkeit, § 188 Abs 3 BVergG 2002 im Hinblick auf die inhaltlichen Vorgaben unangewendet zu lassen. Der gegenständliche Fall ist daher trotz der Einleitung des Vergabeverfahrens vor dem 1. September 2002 allein auf Grundlage der (organisations-, verfahrens- und materiellrechtlichen) Bestimmungen des BVergG 2002 zu bewerten. Der vorliegende Feststellungsantrag wendet sich gegen eine Zuschlagserteilung an eine konkurrierende Bietergemeinschaft. Diese soll nach dem Antragsvorbringen zum einen aufgrund einer unzulässigen Wahl des Verhandlungsverfahrens und zum anderen wegen unzulässiger reiner Preisverhandlungen auf einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung beruhen. Beide Problemkreise werden im BVergG 2002 und BVergG 1997 durchaus unterschiedlich geregelt. Dieser Diskrepanz kommt allerdings - wie in der Folge aufzuzeigen sein wird - keine Relevanz zu. Die Ausführungen des EuGH legen sowohl bei Zugrundelegung der Wortfolge "Bereitstellung oder Betreiben von Netzen" des Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2002 als auch bei Bezugnahme auf die Umschreibung "Betreiben von Netzen" in Paragraph 84, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 1997 einzig den Schluss nahe, dass die ÖBB hinsichtlich der gegenständlichen Bauarbeiten eine Sektorentätigkeit ausüben. Beide Gesetzesfassungen ermöglichen einem im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber die freie Wahl zwischen offenem, nicht offenem und Verhandlungsverfahren. Dem BVergG 1997 ist weiters ein explizites Verbot reiner Preisverhandlungen fremd, das BVergG 2002 normiert ein solches in seinem Paragraph 96, Absatz 2, ausschließlich für den "klassischen" Bereich. Da die beiden Fassungen des BVergG somit zu keiner unterschiedlichen Beurteilung des konkreten Sachverhalts führen, besteht auch keine Notwendigkeit, Paragraph 188, Absatz 3, BVergG 2002 im Hinblick auf die inhaltlichen Vorgaben unangewendet zu lassen. Der gegenständliche Fall ist daher trotz der Einleitung des Vergabeverfahrens vor dem 1. September 2002 allein auf Grundlage der (organisations-, verfahrens- und materiellrechtlichen) Bestimmungen des BVergG 2002 zu bewerten.

1. 2. Ziffer 2

Vorliegen einer Sektorentätigkeit?

Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG 2002 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; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie 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 2002 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; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie vom 27. Februar 2003, C- 373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen.

§ 120 Abs 1 BVergG 2002 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 (vgl. Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu § 120 und Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 50). 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 der gegenständlichen Vorabentscheidung des EuGH wird diese bisherige Einschätzung nochmals hervor gestrichen: "Aus der Lektüre dieser beiden Bestimmungen [ergibt] sich insgesamt, dass die Anwendbarkeit der [SektorenRL 1993] von der Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, und von den Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und dem Auftrag, den er plant, abhängt. Wenn der Auftraggeber eine der Tätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 der [SektorenRL 1993] ausübt und, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat, in Ausübung einer solchen Tätigkeit die Vergabe eines Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrags oder die Durchführung eines Wettbewerbs beabsichtigt, sind die Bestimmungen dieser Richtlinie auf diesen Auftrag oder Wettbewerb anwendbar. Andernfalls gelten für diesen Auftrag oder Wettbewerb die Bestimmungen, die jeweils in den Richtlinien über die Vergabe von Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferaufträgen vorgesehen sind" (siehe EuGH 16.6.2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag"). Paragraph 120, Absatz eins, BVergG 2002 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 vergleiche Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 4 zu Paragraph 120 und Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 50). 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 der gegenständlichen Vorabentscheidung des EuGH wird diese bisherige Einschätzung nochmals hervor gestrichen: "Aus der Lektüre dieser beiden Bestimmungen [ergibt] sich insgesamt, dass die Anwendbarkeit der [SektorenRL 1993] von der Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, und von den Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und dem Auftrag, den er plant, abhängt. Wenn der Auftraggeber eine der Tätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 der [SektorenRL 1993] ausübt und, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat, in Ausübung einer solchen Tätigkeit die Vergabe eines Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferauftrags oder die Durchführung eines Wettbewerbs beabsichtigt, sind die Bestimmungen dieser Richtlinie auf diesen Auftrag oder Wettbewerb anwendbar. Andernfalls gelten für diesen Auftrag oder Wettbewerb die Bestimmungen, die jeweils in den Richtlinien über die Vergabe von Dienstleistungs-, Bau- oder Lieferaufträgen vorgesehen sind" (siehe EuGH 16.6.2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag").

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 2002 ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten. In § 84 Abs 2 Z 3 BVergG 1997 war diesbezüglich noch ausschließlich vom "Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" die Rede. Dieser Unterscheidung zwischen dem Betreiben und dem Bereitstellen von Schienenverkehrsnetzen wurde im Vorfeld der verfahrensgegenständlichen Entscheidung des EuGH in der Rechtsprechung und im Schrifttum zentrale Bedeutung beigemessen. Die Errichtung von Schieneninfrastruktur durch die ÖBB wurde tendenziell dem Bereitstellen eines Netzes zugeordnet und somit im Sinne einer Anwendbarkeit der "klassischen" Vergabebestimmungen argumentiert (vgl. BVA 30.8.2002, N-38/02-26, und B-VKK 9.10.1997, G 5/97-3, sowie - teils kritisch - Gutknecht, Privatisierung und Unternehmenspolitik - Rechtliche Rahmenbedingungen dargestellt am Beispiel der Österreichischen Bundesbahnen und deren Tätigkeit im Infrastrukturbereich, ÖZW 1997, 108; Schramm/Dischendorfer, 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 2002 ua. "die Bereitstellung" und "das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" zu den Sektorentätigkeiten. In Paragraph 84, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 1997 war diesbezüglich noch ausschließlich vom "Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene" die Rede. Dieser Unterscheidung zwischen dem Betreiben und dem Bereitstellen von Schienenverkehrsnetzen wurde im Vorfeld der verfahrensgegenständlichen Entscheidung des EuGH in der Rechtsprechung und im Schrifttum zentrale Bedeutung beigemessen. Die Errichtung von Schieneninfrastruktur durch die ÖBB wurde tendenziell dem Bereitstellen eines Netzes zugeordnet und somit im Sinne einer Anwendbarkeit der "klassischen" Vergabebestimmungen argumentiert (vergleiche BVA 30.8.2002, N-38/02-26, und B-VKK 9.10.1997, G 5/97-3, sowie - teils kritisch - Gutknecht, Privatisierung und Unternehmenspolitik - Rechtliche Rahmenbedingungen dargestellt am Beispiel der Österreichischen Bundesbahnen und deren Tätigkeit im Infrastrukturbereich, ÖZW 1997, 108; Schramm/Dischendorfer,

Das Betreiben von Schienennetzen gem Art 2 Abs 2 lit c der Sektorenrichtlinie, ÖJZ 1999, 1ff; Hofer, Erste Vorlage des BVA-neu: Eisenbahninfrastrukturprojekte als Sektorentätigkeit?, RPA 2003, 336; Fuchs, Die neue EG-Sektorenrichtlinie - Teil 1, ZVB 2004, 212ff sowie Koller, Vergaberechtliche Fragen des öffentlichen Personennahverkehrs, ÖZW 2004, 104ff). Demzufolge zielen auch die Fragen des Bundesvergabeamtes im Vorlagebeschluss darauf ab, die Abgrenzung zwischen dem Betreiben und dem Bereitstellen eines Netzes auszuloten. Das Betreiben von Schienennetzen gem Artikel 2, Absatz 2, Litera c, der Sektorenrichtlinie, ÖJZ 1999, 1ff; Hofer, Erste Vorlage des BVA-neu: Eisenbahninfrastrukturprojekte als Sektorentätigkeit?, RPA 2003, 336; Fuchs, Die neue EG-Sektorenrichtlinie - Teil 1, ZVB 2004, 212ff sowie Koller, Vergaberechtliche Fragen des öffentlichen Personennahverkehrs, ÖZW 2004, 104ff). Demzufolge zielen auch die Fragen des Bundesvergabeamtes im Vorlagebeschluss darauf ab, die Abgrenzung zwischen dem Betreiben und dem Bereitstellen eines Netzes auszuloten.

In seinen Ausführungen zur dritten Vorlagefrage bringt der EuGH unmissverständlich zum Ausdruck, dass eine Annahme, wonach "Infrastrukturmaßnahmen wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht in den sachlichen Geltungsbereich der [SektorenRL 1993] fallen, da solche Arbeiten nach Ansicht des vorlegenden Gerichts der 'Bereitstellung' von Verkehrsnetzen gleichzustellen ist und diese Tätigkeit nicht zu den in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c dieser Richtlinie ausdrücklich genannten Tätigkeiten gehört", falsch ist. Die Anwendbarkeit der SektorenRL 1993 hängt einzig "von der Tätigkeit, die der betreffende Auftraggeber ausübt, und von den Beziehungen zwischen dieser Tätigkeit und den Auftrag, den er plant, ab" (siehe EuGH 16.6.2005, verb. Rs C-462/03 und C-463/03, "Strabag"). Anders als etwa im Endbescheid zum Vorgängerakt N-38/02 (BVA 30.8.2002, N-38/02-26) ist somit nicht zu fragen, ob der konkrete Auftragsgegenstand zu den aufgezählten Sektorentätigkeiten zu zählen ist. Nach Sicht des EuGH ist vielmehr in einem ersten Schritt der Fokus auf die Tätigkeiten des betreffenden Auftraggebers zu richten. Übt dieser eine Sektorentätigkeit aus, so ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob der jeweilige Vergabevorgang hierfür dient. Insofern kann festgehalten werden, dass der Sicht des EuGH ein im Vergleich zur innerstaatlichen Rechtsprechung umfassenderes Verständnis vom Sektorenbereich zugrunde liegt. Diese Deutung findet im Übrigen in der Stellungnahme der Kommission, die diese im Zuge des Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt hat und auf die der Gerichtshof in der Randnummer 37 seines Urteils ausdrücklich Bezug nimmt, eine Stütze: "Der Auftragsgegenstand in den Ausgangsfällen, nämlich die Infrastrukturmaßnahmen, [ist] für den Anwendungsbereich der [SektorenRL 1992] und insbesondere die vom Auftraggeber ausgeführte Tätigkeit nicht von Bedeutung. Entscheidend ist allein, ob diese Infrastrukturmaßnahmen von den ÖBB in ihrer Eigenschaft als Schienenverkehrsleistungsbetreiber nachgefragt wurden."

Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens am 12. September 2001 traten die ÖBB als Auftraggeber auf. Bei dieser handelte es sich entsprechend dem damals geltenden Bundesgesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesbahnen (Bundesbahngesetz 1993), StF. BGBl Nr. 825/1992, um eine "Gesellschaft sui generis". Die ÖBB standen damals - wie ihre Rechtsnachfolger heute - im ausschließlichen Eigentum der Republik Österreich. Gemäß § 1 Abs 3 Bundesbahngesetz 1992 kamen ihr nach Maßgabe der unmittelbar aufgrund der Gesetze oder aufgrund behördlicher Genehmigungen zustehenden Berechtigungen die Aufgaben der Beförderung von Personen und Gütern sowie die Herstellung und die Unterhaltung aller hiezu notwendigen Einrichtungen und die Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte, insbesondere auch der Erwerb von Beteiligungen, welche das Unternehmen fördern, zu. Losgelöst von einer Zuordnung zu den Begriffen "Bereitstellen" und "Betreiben" wurde somit von den ÖBB in der damaligen Struktur eine Sektorentätigkeit ausgeübt.

Sie hatten Personen und Güter auf der Schiene zu befördern. Die konkreten baulichen Maßnahmen zielen auf den zweigleisigen Ausbau eines bereits bestehenden Streckenabschnitts ab. Dieses Vorhaben dient letztlich der "Netzbetreibung", weil dadurch etwa in entsprechend höherem Ausmaß Beförderungen vorgenommen werden können. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens am 12. September 2001 traten die ÖBB als Auftraggeber auf. Bei dieser handelte es sich entsprechend dem damals geltenden Bundesgesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesbahnen (Bundesbahngesetz 1993), Stamfassung Bundesgesetzblatt Nr. 825 aus 1992, um eine "Gesellschaft sui generis". Die ÖBB standen damals - wie ihre Rechtsnachfolger heute - im ausschließlichen Eigentum der Republik Österreich. Gemäß Paragraph eins, Absatz 3, Bundesbahngesetz 1992 kamen ihr nach Maßgabe der unmittelbar aufgrund der Gesetze oder aufgrund behördlicher Genehmigungen zustehenden Berechtigungen die Aufgaben der Beförderung von Personen und Gütern sowie die Herstellung und die Unterhaltung aller hiezu notwendigen Einrichtungen und die Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte, insbesondere auch der Erwerb von Beteiligungen, welche das Unternehmen fördern, zu. Losgelöst von einer Zuordnung zu den Begriffen "Bereitstellen" und "Betreiben" wurde somit von den ÖBB in der damaligen Struktur eine Sektorentätigkeit ausgeübt. Sie hatten Personen und Güter auf der Schiene zu befördern. Die konkreten baulichen Maßnahmen zielen auf den zweigleisigen Ausbau eines bereits bestehenden Streckenabschnitts ab. Dieses Vorhaben dient letztlich der "Netzbetreibung", weil dadurch etwa in entsprechend höherem Ausmaß Beförderungen vorgenommen werden können.

Der Auftraggeber ging somit zu Recht davon aus, dass die Sektorenbestimmungen anzuwenden sind. Aufgrund der Sichtweise des EuGH kommt den textlichen Unterschieden im BVergG 2002 und BVergG 1997 keine Relevanz zu. Ebenfalls ist dem Umstand, dass hinsichtlich des Verfahrensgegenstands mit Beginn dieses Jahres die ÖBB-Infrastruktur Bau AG die Rechtsnachfolge der ÖBB angetreten hat, für die Beurteilung des Sachverhalts keine Bedeutung beizumessen.

B. Zulässigkeit des Antrags und Tätigwerden des Bundesvergabeamtes

Der vorliegende Antrag vom 2. September 2002 entspricht im Allgemeinen den Vorgaben des § 168 BVergG 2002. Allerdings werden im Antragsschreiben keine Beschwerdepunkte ausdrücklich benannt. Hiezu ist festzuhalten, dass - in Anlehnung an die Spruchpraxis des VwGH zur Regelung des § 28 Abs 1 Z 4 VwGG, die für den § 166 Abs 1 BVergG 2002 als Vorbild dient - Beschwerdepunkte nicht ausdrücklich bezeichnet sein müssen. Es muss nur insgesamt aus dem Inhalt des Anbringens erkennbar sein, in welchem subjektiven Recht sich der Antragsteller verletzt erachtet (siehe zB BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30, und BVA 3.12.2004, 16N-119/04-5). Dieser Anforderung wird das Antragsschreiben vom 2. September 2002 jedenfalls gerecht. Aus der Darlegung des Interesses und der Schilderung des Sachverhalts ist unmissverständlich zu schließen, dass sich die Antragstellerin in den Rechten auf Zuschlagserteilung, auf richtige Verfahrenswahl sowie auf rechtsrichtige Abwicklung des Verhandlungsverfahrens verletzt erachtet. Es konnte daher vorderhand auf eine Aufforderung zur Verbesserung des Anbringens verzichtet werden, zumal zum Zeitpunkt der Antragstellung noch das keine Beschwerdepunkte vorsehende BVergG 1997 zu berücksichtigen war. Der vorliegende Antrag vom 2. September 2002 entspricht im Allgemeinen den Vorgaben des Paragraph 168, BVergG 2002. Allerdings werden im Antragsschreiben keine Beschwerdepunkte ausdrücklich benannt. Hiezu ist festzuhalten, dass - in Anlehnung an die Spruchpraxis des VwGH zur Regelung des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG, die für den Paragraph 166, Absatz eins, BVergG 2002 als Vorbild dient - Beschwerdepunkte nicht ausdrücklich bezeichnet sein müssen. Es muss nur insgesamt aus dem Inhalt des Anbringens erkennbar sein, in welchem subjektiven Recht sich der Antragsteller verletzt erachtet (siehe zB BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30, und BVA 3.12.2004, 16N-119/04-5). Dieser Anforderung wird das Antragsschreiben vom 2. September 2002 jedenfalls gerecht. Aus der Darlegung des Interesses und der Schilderung des Sachverhalts ist unmissverständlich zu schließen, dass sich die Antragstellerin in den Rechten auf Zuschlagserteilung, auf richtige Verfahrenswahl sowie auf rechtsrichtige Abwicklung des Verhandlungsverfahrens verletzt erachtet. Es konnte daher vorderhand auf eine Aufforderung zur Verbesserung des Anbringens verzichtet werden, zumal zum Zeitpunkt der Antragstellung noch das keine Beschwerdepunkte vorsehende BVergG 1997 zu berücksichtigen war.

Mit Verfügung vom 3. September 2002 wurde der Antrag dem Senat 16 zugewiesen. Gemäß der damals in Geltung befindlichen Geschäftsverteilung vom 2. September 2002 war dieser im Hinblick auf Bauaufträge ausschließlich für Sektorenvergaben zuständig. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde überdies nochmals das Überschreiten

des maßgeblichen Schwellenwerts bestätigt, sodass der Senat 16 in seiner (Erst)Besetzung entsprechend der Geschäftsverteilung vom September 2002 über die begehrte Feststellung zu befinden hatte.

C. Inhaltliche Beurteilung

In Entsprechung zu § 89 Abs 2 BVergG 1997 sieht § 124 Abs 2 BVergG 2002 vor, dass Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit ausüben, frei zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren wählen können, sofern zuvor ein Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Im gegenständlichen Fall ist durch das Urteil des EuGH vom 16. Juni 2005zutage getreten, dass von einer Sektorenvergabe auszugehen ist. Demzufolge konnte der Auftraggeber von dem eingeräumten Wahlrecht Gebrauch machen. Angesichts einer vorherigen EU-weiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften geht somit der Vorwurf der Antragstellerin einer zu unrecht erfolgten Wahl des Verhandlungsverfahrens ins Leere. In Entsprechung zu Paragraph 89, Absatz 2, BVergG 1997 sieht Paragraph 124, Absatz 2, BVergG 2002 vor, dass Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit ausüben, frei zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren wählen können, sofern zuvor ein Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde. Im gegenständlichen Fall ist durch das Urteil des EuGH vom 16. Juni 2005zutage getreten, dass von einer Sektorenvergabe auszugehen ist. Demzufolge konnte der Auftraggeber von dem eingeräumten Wahlrecht Gebrauch machen. Angesichts einer vorherigen EU-weiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften geht somit der Vorwurf der Antragstellerin einer zu unrecht erfolgten Wahl des Verhandlungsverfahrens ins Leere.

In § 96 Abs 2 BVergG 2002 wird ausgeführt, dass während eines Verhandlungsverfahrens mit einem oder mehreren Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden darf. Verhandlungen, die bloße Preisänderungen zum Inhalt haben sind jedoch unzulässig. Mangels eines expliziten Verweises in den §§ 18 und 120ff BVergG 2002 gilt diese Bestimmung jedoch nicht im Sektorenbereich. Im gegenständlichen Fall wurden nun im Rahmen der Verhandlungen jeweils drei untergeordnete Positionen gestrichen sowie einzelne Positionspreise besprochen und allenfalls bestätigt oder geändert. Am Schluss der Verhandlungen wurde unter ausdrücklichem Hinweis auf eine Berücksichtigung des Gesprächsinhalts die Möglichkeit, einen letzten Nachlass zu gewähren, eingeräumt. Dies kommt im Ergebnis einer Preisverhandlung mit vorheriger Aufklärung gleich. Eine derartige Praxis ist im Sektorenbereich jedoch angesichts des Fehlens eines ausdrücklichen Verbots grundsätzlich als rechtskonform einzustufen. Es bleibt lediglich die Frage, ob dieses Vorgehen des Auftraggebers den auch bei Ausübung einer Sektorentätigkeit geltenden Grundsätzen des § 21 BVergG 2002 genügt. Hiezu ist zu vermerken, dass sich weder ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot noch den Grundsatz des fairen Wettbewerbs ausmachen lässt. Insbesondere erfolgte kein im Schrifttum als besonders verpönt hervorgehobenes wechselseitiges Ausspielen der Bieter etwa durch Andeutungen des (preislichen) Besser- oder Schlechterliegens (siehe Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 107 zu § 23 mwN). Es liegt somit auch keine Rechtswidrigkeit wegen eines bloßen Verhandelns über den Preis vor. In Paragraph 96, Absatz 2, BVergG 2002 wird ausgeführt, dass während eines Verhandlungsverfahrens mit einem oder mehreren Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden darf. Verhandlungen, die bloße Preisänderungen zum Inhalt haben sind jedoch unzulässig. Mangels eines expliziten Verweises in den Paragraphen 18 und 120 f, f BVergG 2002 gilt diese Bestimmung jedoch nicht im Sektorenbereich. Im gegenständlichen Fall wurden nun im Rahmen der Verhandlungen jeweils drei untergeordnete Positionen gestrichen sowie einzelne Positionspreise besprochen und allenfalls bestätigt oder geändert. Am Schluss der Verhandlungen wurde unter ausdrücklichem Hinweis auf eine Berücksichtigung des Gesprächsinhalts die Möglichkeit, einen letzten Nachlass zu gewähren, eingeräumt. Dies kommt im Ergebnis einer Preisverhandlung mit vorheriger Aufklärung gleich. Eine derartige Praxis ist im Sektorenbereich jedoch angesichts des Fehlens eines ausdrücklichen Verbots grundsätzlich als rechtskonform einzustufen. Es bleibt lediglich die Frage, ob dieses Vorgehen des Auftraggebers den auch bei Ausübung einer Sektorentätigkeit geltenden Grundsätzen des Paragraph 21, BVergG 2002 genügt. Hiezu ist zu vermerken, dass sich weder ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot noch den Grundsatz des fairen Wettbewerbs ausmachen lässt. Insbesondere erfolgte kein im Schrifttum als besonders verpönt hervorgehobenes wechselseitiges Ausspielen der Bieter etwa durch Andeutungen des (preislichen) Besser- oder Schlechterliegens (siehe Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar [2005] Rz 107 zu Paragraph 23, mwN). Es liegt somit auch keine Rechtswidrigkeit wegen eines bloßen Verhandelns über den Preis vor.

Abschließend ist allerdings anzumerken, dass - trotz des durchaus beträchtlichen Abstands der Angebotspreise - das ausschließliche Verhandeln mit zwei der neun Bieter als problematisch zu werten ist. Ein derartiges "Shortlisting"

wurde in den Ausschreibungsunterlagen nicht (hinreichend) angekündigt. Sieben Bieter wurden in ihrem Vertrauen, im Rahmen von zumindest einer Verhandlungsrunde ihr Angebot zu adaptieren, verletzt (siehe hiezu ua. Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 206). Diese Rechtswidrigkeit zieht in der vorliegenden Konstellation jedoch keine Konsequenzen nach sich. Zum einen fehlt es der Antragstellerin angesichts der ihr eingeräumten Verhandlungsmöglichkeit am betreffenden Rechtsschutzbedürfnis; zum anderen wäre es dem Bundesvergabeamt ohnedies nicht möglich, die Auswirkungen eines Verhandelns mit sämtlichen Bietern zu bewerten. Der Antrag auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, war somit abzuweisen. Auf den "Gegenantrag" des Auftraggebers vom 16. Oktober 2002 war wiederum nicht mehr einzugehen.

Schlagworte

Übergangsbestimmung, Sektorenbereich, Preisverhandlungen, Verhandlungsverfahren, short listing;

Dokumentnummer

VERGT_20050919_16F_10_02_21_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