

TE Verg Bescheid 2005/8/18 16N-80/05-6

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.08.2005

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 §154 Abs2

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs2

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

Bundesbahngesetz §2

Bundesbahngesetz §29

Bundesbahngesetz §30

Bundesbahngesetz §31

Bundesbahngesetz §35

Bundesbahngesetz §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

1. § 2 heute

2. § 2 gültig ab 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003

3. § 2 gültig von 21.08.2003 bis 30.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003

4. § 2 gültig von 01.01.2002 bis 20.08.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2002

5. § 2 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 26/2000

6. § 2 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999

7. § 2 gültig von 10.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/1998

8. § 2 gültig von 01.07.1996 bis 09.01.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
9. § 2 gültig von 01.05.1996 bis 30.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
10. § 2 gültig von 01.01.1994 bis 30.04.1996
1. § 29 heute
2. § 29 gültig ab 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 30 heute
2. § 30 gültig ab 19.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2009
3. § 30 gültig von 31.12.2003 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 31 heute
2. § 31 gültig ab 19.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2009
3. § 31 gültig von 27.07.2006 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2006
4. § 31 gültig von 31.12.2003 bis 26.07.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 35 gültig von 27.07.2006 bis 18.08.2009 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 95/2009
2. § 35 gültig von 31.12.2003 bis 26.07.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2003
1. § 41 gültig von 31.12.2003 bis 18.08.2009 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 95/2009

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 18. August 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 "3-gleisiger Ausbau Salzburg Hbf-Freilassing - Nahverkehr Salzburg, Herstellen Baulos Taxham-Salzburg Hbf, Unterbau und Brückenbau" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die im Provisorialverfahren gestellten Anträge der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch X***, vom 12. August 2005, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 18. August 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 "3-gleisiger Ausbau Salzburg Hbf-Freilassing - Nahverkehr Salzburg, Herstellen Baulos Taxham-Salzburg Hbf, Unterbau und Brückenbau" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die im Provisorialverfahren gestellten Anträge der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch X***, vom 12. August 2005, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung über den gleichzeitig gestellten Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten, untersagt wird, wird stattgegeben.

Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG ist die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "3-gleisiger Ausbau Salzburg Hbf-Freilassing - Nahverkehr Salzburg, Herstellen Baulos Taxham-Salzburg Hbf, Unterbau und Brückenbau" bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 12. Oktober 2005, untersagt.

Rechtsgrundlage: § 171 Abs 1, 2, 3, 4 und 5 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 171, Absatz eins, 2, 3, 4 und 5 BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag auf Ausspruch, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, "die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von Euro 5.000,- zu ersetzen" wird stattgegeben.

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG hat der Bietergemeinschaft, bestehend aus (1) A***, (2) B***, (3) C*** und (4) D***, vertreten durch X***, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,- binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: §§ 171 Abs 1, 177 Abs 1 und 5 BVergG sowie § 74 Abs 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl I Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004
Rechtsgrundlage: Paragraphen 171, Absatz eins, 177, Absatz eins und 5 BVergG sowie Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

Die Antragstellerin beehrte mit Schreiben vom 12. August 2005 die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagt wird.

Zur Begründung des Hauptantrages verwies sie auf eine Reihe allfälliger Rechtswidrigkeiten. Der Auftraggeber habe zunächst entgegen den Vorgaben der Ausschreibung das Billigstbieterprinzip angewendet. Bei Berücksichtigung des Kriteriums "technischer Wert" wäre ihr Angebot an die erste Stelle zu reihen. Im Übrigen sei von einer Gewichtung der Kriterien gänzlich Abstand genommen worden. Dies bewirke, dass eine Zuschlagsentscheidung im Einklang mit den Vorgaben des Vergaberechts nicht getroffen werden könne. Zwar sei eine fristgerechte Anfechtung der Ausschreibung unterblieben, das Vergabeverfahren könne allerdings nur unter Verletzung der Vergabegrundsätze zu Ende geführt werden. Insofern trete die gesetzliche Präklusionswirkung nicht ein und die Zuschlagsentscheidung sei für nichtig zu erklären. Dem Auftraggeber verbleibe einzig der Ausweg eines Ausschreibungswiderrufs. Weiters habe es der Auftraggeber unterlassen, im Rahmen der Angebotsöffnung die Merkmale für den technischen Wert zu verlesen. Zudem sei das Angebot des für die Zuschlagserteilung ausersehenen Mitbieters wegen fehlender Eignungsnachweise, nicht unterfertigter Leistungsverzeichnisse sowie eines betriebswirtschaftlich nicht erklärbaren Preises für eine anzubietende Infobox zwingend auszuschneiden. Angesichts widersprüchlicher Aussagen vom Auftraggebervertreter sei zuletzt noch festzuhalten, dass sämtliche der 16 eingebrachten Alternativangebote mangels Gleichwertigkeit für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht gezogen werden könnten. Hinsichtlich des Schadens führte die Antrag stellende Bietergemeinschaft aus, dass hier ein entgangener Gewinn von derzeit kalkulierten Euro 2.370.000,-

drohe. Ferner wären die internen und externen Kosten, die mit der Angebotslegung verbunden seien und insgesamt Euro 126.000,- betragen, frustriert. Des Weiteren sei auf die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung für dieses Nachprüfungsverfahren von Euro 2.700,- sowie auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes zu verweisen.

Zur anzustellenden Interessenabwägung wird im einleitenden Schriftsatz ausgeführt, dass dem Interesse aller Beteiligten an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter kein Überwiegen der nachteiligen Folgen für den Auftraggeber gegenüberstehe. Das Bundesvergabeamt gehe in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit für Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen habe. Dass die Wahrscheinlichkeit eines Nachprüfungsverfahrens insbesondere mit dem Wert des Auftrages zunehme, bedürfe keiner besonderen Erwähnung. Handle es sich um einen Auftrag in der gegenständlichen Größenordnung von etwa Euro 41.000.000,-, so habe ein Auftraggeber bei der Anwendung des gebotenen Sorgfaltsmaßstabes die Einleitung von Nachprüfungsverfahren zu bedenken und dies in die Zeitkalkulation des Ausschreibungsablaufes einzubeziehen.

Im gegenständlichen Fall habe der Auftraggeber den Ablauf der Angebotsfrist ursprünglich mit 13. Juni 2005 festgesetzt. Infolge von Berichtigungen der Ausschreibung sei das Fristende um weitere neun Tage auf 22. Juni 2005 zurückverlegt worden. Erst am 1. August 2005 - also genau zwei Monate vor dem in der Ausschreibungsunterlage benannten Baubeginn - sei die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Ein pflichtgemäß handelnder Auftraggeber hätte den Zeitplan so gestaltet, dass die Zuschlagsentscheidung zumindest zwei Monate plus 14 Tage vor dem geplanten Baubeginn bekannt gegeben werde. Dies wäre etwa Mitte Juli 2005 der Fall gewesen. Weiters hätte ein pflichtgemäß handelnder Auftraggeber auch eingeplant, dass bei einer Ausschreibung in dieser Dimension die Ausschreibung selbst angefochten werden könnte, wofür weitere zwei Monate einzuplanen gewesen wären. Letztlich könne weder der Umstand, dass bei einer Ausschreibung infolge von Rückfragen Berichtigungen erforderlich seien, noch dass sich die Angebotsprüfung bei Alternativangeboten langwierig gestalten, für den Auftraggeber unvorhergesehen seien. Zuletzt sei darauf zu verweisen, dass in Anbetracht der Länge des Durchführungszeitraumes der ausgeschriebenen Bauleistung von drei Jahren und drei Monaten eine Verzögerung von maximal zwei Monaten durch das Nachprüfungsverfahren nicht wirklich ins Gewicht falle.

In seiner Stellungnahme vom 16. August 2005 brachte der Auftraggeber vor, dass sich der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Bauauftrags auf Grund der Schätzung eines Ziviltechnikers auf Euro 40.251.086,40 (exkl. USt.) belaufe. Des Weiteren sei der verfahrensgegenständliche Auftrag bislang weder vergeben noch widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen Bietern am 1. August 2005 gleichzeitig, unverzüglich und nachweislich mittels Telefax bekannt gegeben worden.

Es werde zur Kenntnis genommen, dass mit Schriftsatz vom 12. August 2005 sowohl von der Bietergemeinschaft als auch von jedem einzelnen Mitglied der Bietergemeinschaft Anträge gestellt worden seien. Somit würden insgesamt fünf Antragsteller auftreten. Dies ziehe jedoch die Konsequenz nach sich, dass hinsichtlich der einzelnen Mitgliedsunternehmen Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 50.000,-

aushaften. Die diesbezüglichen Anträge seien aus zweierlei Sicht unzulässig. Zum einen mangle es an der entsprechenden Vergebührung und zum anderen könne nach der Rechtsprechung des VwGH ausschließlich eine Bietergemeinschaft einen betreffenden Nachprüfungsantrag stellen. Im Übrigen sei festzuhalten, dass die Zurückweisung eines Nachprüfungsantrags mangels Vergebührung nicht von der diesbezüglichen Verpflichtung befreie. Weiters sei der behauptete Schaden weder aufgeschlüsselt noch bescheinigt worden. Der aufgeschlüsselte entgangene Gewinn finde zudem keine Deckung im vorgelegten K3- Blatt. Es werde dort lediglich ein kalkulierter Gewinn von 0,5 % ausgewiesen. Dies ergebe ausgehend von einem Angebotspreis von Euro 40.986.793,94 (exkl. USt.) einen Betrag von Euro 204.933,92. Der ohne jeglichen Nachweis im Nachprüfungsantrag behauptete entgangene Gewinn betrage somit im Vergleich zu den Angaben im K3-Blatt betragsmäßig das 10-fache. Schließlich fehle auch für die Kosten der Angebotslegung sowie für die Kosten der anwaltlichen Vertretung jegliche Aufschlüsselung bzw. Bescheinigung. Der Nachprüfungsantrag sei daher bereits aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen.

Nach den Ausschreibungsbestimmungen sei der Baubeginn für spätestens Oktober 2005 vorgesehen. Könne dieser Termin nicht eingehalten werden, sei die Herstellung eines Pfeilers der Salzachbrücke nicht innerhalb des vorgesehenen gedrängten Leistungszeitraumes bis März 2006 möglich. Der Leistungszeitraum sei abhängig von der Niederwasserführung der Salzach von Oktober bis Ende Februar. Könne nicht rechtzeitig mit den Bauarbeiten begonnen werden, sei ein zeitgerechter Abschluss in Gefahr und die genannten Bauarbeiten würden sich um ein ganzes Jahr verschieben. In weiterer Folge müssten in einem Winter nicht wie vorgesehen in zwei Wintern zwei gegenüberliegende Pfeiler in der Salzach errichtet werden. Damit seien ein ungleich höheres Risiko sowie entsprechende Mehrkosten verbunden. Aus der Verzögerung könnten des weiteren Mehrkosten für ein zusätzliches Provisorium resultieren. Wenn Hilfsbrücken im Oktober 2005 nicht eingebaut werden könnten, wäre dies aus Witterungsgründen erst wieder Ende Februar 2006 möglich. Da aber eine gleichzeitige Sperre mehrerer Straßenzüge nicht vorgenommen werden könne, könnten diese Brücken für Gleis 4 bis Mitte 2007 nicht fertig gestellt werden. Es wäre daher ein mit beträchtlichen Mehrkosten verbundenes zusätzliches Gleisprovisorium erforderlich. Es werde daher beantragt, von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzusehen bzw. sämtliche Anträge vom 12. August 2005 zurück-, in eventu abzuweisen. In eventu werde überdies beantragt, zur Vermeidung von Mehrkosten die einstweilige Verfügung lediglich auf die Dauer eines Monats zu beschränken, zumal es sich bei der von der Antragstellerin aufgeworfenen Problematik um die Lösung reiner Rechtsfragen handle.

Auf Grund der vorliegenden Stellungnahmen der Antrag stellenden Bietergemeinschaft sowie des Auftraggebers steht folgender für das Provisorialverfahren maßgeblicher Sachverhalt fest:

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG hat zur Herstellung einer 3- gleisigen Strecke von etwa 2,2 Kilometer zwischen Taxham und dem Salzburger Hauptbahnhof ein offenes Verfahren ausgeschrieben. Im Wesentlichen sind Unter- und Brückenbauten sowie zwei Haltestellen zu errichten, wobei der Beginn der Bauarbeiten für den 1. Oktober 2005 und dessen Ende für den 31. Dezember 2008 angegeben wird (siehe Auftragsbekanntmachung vom 26. April 2005 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Beilage zu OZ 2). Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens beläuft sich auf Euro 40,251.086,40 (exkl. USt.; soweit die Stellungnahme des Auftraggebers vom 16. August 2005, OZ 4)

Der Ablauf der Angebotsfrist war ursprünglich für den 13. Juni 2005, 10.00 Uhr, vorgesehen. Mit Schreiben vom 9. Juni 2005 wurde eine Verlängerung der Angebotsfrist um eine Woche bekannt gegeben, sodass diese nunmehr am 22. Juni 2005, 10.00 Uhr, endete (vgl. Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 26. April 2005 sowie Schreiben des Auftraggebers vom 9. Juni 2005, jeweils Beilage zu OZ 2).

Angebote wurden ua. von der Antrag stellenden Bietergemeinschaft mit einer Summe von Euro 40,986.783,94 (exkl. USt.) sowie der E*** mit einer Summe von Euro 40,887.937,85 (exkl. USt.) gelegt (siehe Stellungnahme des Auftraggebers vom 16. August 2005, OZ 4, sowie Schreiben des Auftraggebers vom 2. August 2005, Beilage zu OZ 2). Mit Telefax vom 1. August 2005 gab der Auftraggeber bekannt, dass eine Zuschlagserteilung an die E*** beabsichtigt wird (soweit Beilage zu OZ 2). Mit Schreiben vom selben Tag ersuchte die Antrag stellende Bietergemeinschaft um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie um Übermittlung einer Abschrift des ihr Angebot betreffenden Teils der Niederschrift über die Prüfung der Angebote. Mit Telefax vom 2. August 2005 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass es sich beim Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen definierten Zuschlagskriterien um das wirtschaftlich und technisch günstigste handelt. Weiters wird in dem Schreiben ausgeführt, dass "ihr Angebot [...] unter Berücksichtigung der Alternativangebote an 14. Stelle gereiht [war]" und somit "der Angebotsprüfbericht [...] daher nicht Bezug auf ihr Angebot [nimmt]" (siehe betreffende Schreiben, jeweils Beilage zu OZ 2). Der Ablauf der Angebotsfrist war ursprünglich für den 13. Juni 2005, 10.00 Uhr, vorgesehen. Mit Schreiben vom 9. Juni 2005 wurde eine Verlängerung der Angebotsfrist um eine Woche bekannt gegeben, sodass diese nunmehr am 22. Juni 2005, 10.00 Uhr, endete vergleiche Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 26. April 2005 sowie Schreiben des Auftraggebers vom 9. Juni 2005, jeweils Beilage zu OZ 2). Angebote wurden ua. von der Antrag stellenden Bietergemeinschaft mit einer Summe von Euro 40,986.783,94 (exkl. USt.) sowie der E*** mit einer Summe von Euro 40,887.937,85 (exkl. USt.) gelegt (siehe Stellungnahme des Auftraggebers vom 16. August 2005, OZ 4, sowie Schreiben des Auftraggebers vom 2. August 2005, Beilage zu OZ 2). Mit Telefax vom 1. August 2005 gab der Auftraggeber bekannt, dass eine Zuschlagserteilung an die E*** beabsichtigt wird (soweit Beilage zu OZ 2). Mit Schreiben vom selben Tag ersuchte die Antrag stellende Bietergemeinschaft um Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes, der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie um Übermittlung einer Abschrift des ihr Angebot betreffenden Teils der Niederschrift über die Prüfung der Angebote. Mit Telefax vom 2. August 2005 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass es sich beim Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen definierten Zuschlagskriterien um das wirtschaftlich und technisch günstigste handelt. Weiters wird in dem Schreiben ausgeführt, dass "ihr Angebot [...] unter Berücksichtigung der Alternativangebote an 14. Stelle gereiht [war]" und somit "der Angebotsprüfbericht [...] daher nicht Bezug auf ihr Angebot [nimmt]" (siehe betreffende Schreiben, jeweils Beilage zu OZ 2).

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. Zuständigkeit und Tätigwerden des Bundesvergabeamtes 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. A. Zuständigkeit und Tätigwerden des Bundesvergabeamtes 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/Fruhmann/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/Fruhmann/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). 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 handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens von Euro 40.251.086,40 (exkl. USt.) übersteigt des Weiteren den - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, BGBl II Nr 56/2005 - der Entscheidung zugrunde zu legenden Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde demzufolge am 12. August 2005 dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Über den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat jedoch gemäß § 154 Abs 2 BVergG alleine der jeweilige Senatsvorsitzende zu entscheiden. Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG um eine öffentliche Einrichtung, die eine Sektorentätigkeit ausübt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens von Euro 40.251.086,40 (exkl. USt.) übersteigt des Weiteren den - auf Grund der mit 1. März 2005 in Kraft getretenen Schwellenwerte-Verordnung 2005, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 56 aus 2005, - der Entscheidung zugrunde zu legenden Schwellenwert von Euro 5.923.000,- bei weitem. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde demzufolge am 12. August 2005 dem ua. für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Über den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat jedoch gemäß Paragraph 154, Absatz 2, BVergG alleine der jeweilige Senatsvorsitzende zu entscheiden.

B. Zulässigkeit des eV-Antrages

Sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist, hat das Bundesvergabeamt gemäß § 171 Abs 1 BVergG 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. Abs 2 leg.cit. hält fest, dass der Antragsteller die von ihm begehrte vorläufige Maßnahme, die Zeit, für welche diese beantragt wird, die behauptete Rechtswidrigkeit und die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen genau zu bezeichnen und die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß darzulegen hat. Sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist, hat das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG 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. Absatz 2, leg.cit. hält fest, dass der Antragsteller die von ihm begehrte vorläufige Maßnahme, die Zeit, für welche diese beantragt wird, die behauptete Rechtswidrigkeit und die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen genau zu bezeichnen und die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß darzulegen hat.

Der am 12. August 2005 bei der Behörde eingebrachte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden. Den Formalerfordernissen des § 166 Abs 1 und 2 BVergG wurde grundsätzlich in hinreichender Weise entsprochen. Seitens des Auftraggebers wird jedoch in

Zweifel gezogen, dass hinsichtlich der Schadensdarlegung die Ausführungen im Verfahrens einleitenden Schriftsatz den Anforderungen des § 171 Abs 2 BVergG entsprechen. Hiezu ist zunächst zu konstatieren, dass der ins Treffen geführte entgangene Gewinn tatsächlich schwerlich mit den Inhalten des K3-Blattes in Einklang gebracht werden kann. Das übrige Vorbringen zu den angefallenen Angebotserstellungskosten sowie zum drohenden Verlust eines Referenzprojektes stellt sich jedoch als nachvollziehbar dar, sodass diesbezüglich die Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht in Abrede zu stellen ist. Im Übrigen vermochte (auch) der Auftraggeber lediglich auf im Falle einer Verschiebung des Baubeginns drohende Mehrkosten zu verweisen, ohne jedoch einen Betrag zu benennen. Der am 12. August 2005 bei der Behörde eingebrachte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden. Den Formerfordernissen des Paragraph 166, Absatz eins und 2 BVergG wurde grundsätzlich in hinreichender Weise entsprochen. Seitens des Auftraggebers wird jedoch in Zweifel gezogen, dass hinsichtlich der Schadensdarlegung die Ausführungen im Verfahrens einleitenden Schriftsatz den Anforderungen des Paragraph 171, Absatz 2, BVergG entsprechen. Hiezu ist zunächst zu konstatieren, dass der ins Treffen geführte entgangene Gewinn tatsächlich schwerlich mit den Inhalten des K3-Blattes in Einklang gebracht werden kann. Das übrige Vorbringen zu den angefallenen Angebotserstellungskosten sowie zum drohenden Verlust eines Referenzprojektes stellt sich jedoch als nachvollziehbar dar, sodass diesbezüglich die Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht in Abrede zu stellen ist. Im Übrigen vermochte (auch) der Auftraggeber lediglich auf im Falle einer Verschiebung des Baubeginns drohende Mehrkosten zu verweisen, ohne jedoch einen Betrag zu benennen.

Zum Hinweis des Auftraggebers, wonach davon auszugehen sei, dass sämtliche Mitglieder der betreffenden Bietergemeinschaft zusätzlich Anträge auf Nachprüfung bzw. Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt hätten, ist auszuführen, dass angesichts der ausschließlichen Benennung der Bietergemeinschaft auf der ersten und letzten Seite des Antragsschreibens vorderhand von deren alleiniger Antragstellereigenschaft ausgegangen wird. Dies ist auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH zu sehen, wonach ausschließlich einer Bietergemeinschaft Antragslegitimation zukommt und bei einer Antragstellung durch sämtliche Mitglieder ein betreffendes Umdeuten vorzunehmen ist (vgl. VwGH vom 20. Oktober 2004, 2004/04/0134, RPA 2004, 374 mit Anm. Latzenhofer = ZVB 2004/101 mit Anm. Öhler; VwGH vom 20. Oktober 2004, 2004/04/0105; VwGH vom 17. November 2004, 2003/04/0178; Fink, Antragslegitimation von Bietergemeinschaften I, RPA 2004, 368 und Pock; Antragslegitimation von Bietergemeinschaften II, RPA 2004, 372). Zum Hinweis des Auftraggebers, wonach davon auszugehen sei, dass sämtliche Mitglieder der betreffenden Bietergemeinschaft zusätzlich Anträge auf Nachprüfung bzw. Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt hätten, ist auszuführen, dass angesichts der ausschließlichen Benennung der Bietergemeinschaft auf der ersten und letzten Seite des Antragsschreibens vorderhand von deren alleiniger Antragstellereigenschaft ausgegangen wird. Dies ist auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH zu sehen, wonach ausschließlich einer Bietergemeinschaft Antragslegitimation zukommt und bei einer Antragstellung durch sämtliche Mitglieder ein betreffendes Umdeuten vorzunehmen ist vergleiche VwGH vom 20. Oktober 2004, 2004/04/0134, RPA 2004, 374 mit Anmerkung Latzenhofer = ZVB 2004/101 mit Anmerkung Öhler; VwGH vom 20. Oktober 2004, 2004/04/0105; VwGH vom 17. November 2004, 2003/04/0178; Fink, Antragslegitimation von Bietergemeinschaften römisch eins, RPA 2004, 368 und Pock; Antragslegitimation von Bietergemeinschaften römisch zwei, RPA 2004, 372).

C. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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 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.

Seitens des Auftraggebers ist die Vergabe an die E*** vorgesehen. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Behauptung der Antragstellerin, wonach das Angebot der potentiellen Zuschlagsempfängerin auszuschneiden ist bzw. die Zuschlagskriterien nicht entsprechend angewendet wurden, zutreffen. Überdies kommt die Antragstellerin - nach bisherigem Ermittlungsstand - für die Zuschlagserteilung in Betracht. Es droht ihr daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit 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, 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 drohenden Schaden mit Euro 2.370.00,- an entgangenem Gewinn, mit Euro 126.000,- an Angebotserstellungskosten sowie Euro 2.700,- an bereits aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung. Wenngleich dem Auftraggeber beizupflichten ist, dass die Höhe des entgangenen Gewinns schlicht als nicht nachvollziehbar zu bezeichnen ist, bestehen dem Grunde nach keine Zweifel am drohenden - angesichts des Auftragsvolumens - beträchtlichen Schaden. Überdies verweist die Antragstellerin auf den drohenden Verlust eines Referenzprojekts. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens-)Nachteil (siehe zB. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 619). Der Auftraggeber führt wiederum - in durchaus plausibler Weise - im Falle einer Verschiebung des Baubeginns drohende Mehrkosten ins Treffen, letztlich kann er allerdings keine Schadenshöhe beziffern.

Bei Gegenüberstellung der wechselseitigen Interessen ergibt sich nun zumindest kein Überwiegen jener Aspekte, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen. Dieser Schluss ist zum einen vor dem Hintergrund der Sichtweise des VfGH zu sehen, wonach auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01). Zum anderen hält das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung fest, dass ein Auftraggeber allfällige Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehenden Verzögerungen des Vergabeverfahrens in seine Planungen einzubeziehen hat (siehe wiederum Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 621 mwN). Im gegenständlichen Fall war daher die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung zu erlassen. Den Anträgen des Auftraggebers vom 16. August 2005 war hingegen nicht Folge zu leisten. Dies gilt auch für das Ansinnen einer Beschränkung der Verfügung auf nur einen Monat, zumal diese nach angestrebter rascher Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag ohnedies gemäß § 171 Abs 5 BVergG vorzeitig außer Kraft tritt. Bei Gegenüberstellung der wechselseitigen Interessen ergibt sich nun zumindest kein Überwiegen jener Aspekte, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen. Dieser Schluss ist zum einen vor dem Hintergrund der Sichtweise des VfGH zu sehen, wonach auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01). Zum anderen hält das Bundesvergabeamt in ständiger Rechtsprechung fest, dass ein Auftraggeber allfällige Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehenden Verzögerungen des Vergabeverfahrens in seine Planungen einzubeziehen hat (siehe wiederum Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 621 mwN). Im gegenständlichen Fall war daher die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung zu erlassen. Den Anträgen des Auftraggebers vom 16. August 2005 war hingegen nicht Folge zu leisten. Dies gilt auch für das Ansinnen einer Beschränkung der Verfügung auf nur einen Monat, zumal diese nach angestrebter rascher Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag ohnedies gemäß Paragraph 171, Absatz 5, BVergG vorzeitig außer Kraft tritt.

D. 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 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, und BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05- 37). Nachdem sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Verwaltungssache zuständigen Behörde richtet, zieht dies auch im Hinblick auf das Tätigwerden des Bundesvergabeamtes ein differenziertes Vorgehen nach sich. Im Oberschwellenbereich hat über die Kosten betreffend den Nachprüfungsantrag gemäß § 163 Abs 1 BVergG der jeweilige Senat zu befinden. Hinsichtlich der Pauschalgebühr, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezahlt wurde, hat hingegen gemäß § 154 Abs 1 Z 2 BVergG der einzelne Senatsvorsitzende eine Entscheidung zu treffen (siehe beispielsweise 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 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 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 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, und BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05- 37). Nachdem sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Verwaltungssache zuständigen Behörde richtet, zieht dies auch im Hinblick auf das Tätigwerden des Bundesvergabeamtes ein differenziertes Vorgehen nach sich. Im Oberschwellenbereich hat über die Kosten betreffend den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG der jeweilige Senat zu befinden. Hinsichtlich der Pauschalgebühr, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezahlt wurde, hat hingegen gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG der einzelne Senatsvorsitzende eine Entscheidung zu treffen (siehe beispielsweise 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 1. Juli 2005, 16N-36/05- 37, sowie BVA vom 25. Juli 2005, 16N-74/05-9).

Aus inhaltlicher Sicht ist im gegenständlichen Fall die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für zwei Monate ab Antragstellung, 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 5.000,- auszusprechen war. Aus inhaltlicher Sicht ist im gegenständlichen Fall die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für zwei Monate ab Antragstellung, 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 5.000,- auszusprechen war.

Schlagworte

Auftraggebereigenschaft, Sektorentätigkeit, Interessenabwägung;

Dokumentnummer

VERGT_20050818_16N_80_05_6_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