

TE Verg Bescheid 2005/7/25 16N-74/05-9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.07.2005

Norm

BVergG 2002 §154 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs1

BVergG 2002 §166 Abs2

BVergG 2002 §162 Abs2

BvergG 2002 §171 Abs1

BvergG 2002 §171 Abs3

BvergG 2002 §171 Abs4

BvergG 2002 §171 Abs5

BVergG 2002 §176 Abs2

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs3

BvergG 2002 §177 Abs5

AVG §59 Abs1

EO §§389ff

1. AVG § 59 heute
2. AVG § 59 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 59 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den ersten Vertreter des Vorsitzenden des Senats 16, Mag. Bernhard Ditz, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife"" der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) bzw. deren Rechtsnachfolgerin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, jeweils Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, wird dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens bis 19.9.2005 untersagt wird", gemäß §

171 Abs. 1, 3, 4 und 5 BVergG stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife"" der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) bzw. deren Rechtsnachfolgerin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, jeweils Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, wird dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens bis 19.9.2005 untersagt wird", gemäß Paragraph 171, Absatz eins, 3, 4 und 5 BVergG stattgegeben.

Der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, wird im Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt, längstens jedoch bis zum Ablauf des 19. September 2005 die Zuschlagserteilung untersagt.

II. römisch zwei.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, der Auftraggeberin den Ersatz der von uns bezahlten Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von Euro 5.000 aufzuerlegen", wird gemäß § 177 Abs. 5 BVergG stattgegeben. Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, der Auftraggeberin den Ersatz der von uns bezahlten Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von Euro 5.000 aufzuerlegen", wird gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG stattgegeben.

Die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien hat sohin gemäß § 177 Abs. 5 BVergG der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend das Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife", entrichtete Pauschalgebühr, in der Höhe von Euro 5.000.-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien hat sohin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend das Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife", entrichtete Pauschalgebühr, in der Höhe von Euro 5.000.-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

zu I.) zu römisch eins.)

Mit Schreiben vom 19. Juli 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am selben Tag innerhalb der Amtsstunden, begehrte die Bietergemeinschaft bestehend aus der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, 4. D***, vertreten durch Y***, (im Weiteren: Antragstellerin) betreffend das Vergabeverfahren "Verbindungsstrecke zwischen West-, Süd- und Donauländebahn, Lainzer Tunnel, B 1044, Teilabschnitt "Anbindung Donauländebahn", Lainzer Tunnel LT 44 - Güteschleife" die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) zugunsten der Bietergemeinschaft E*** / F*** / G***, den im Spruch dieses Bescheides wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, den Zuspruch des Ersatzes der von ihr entrichteten Pauschalgebühren für den Hauptantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Zur Begründung des Hauptantrages führte sie im Wesentlichen aus, dass die Leistungserbringung in zwei Varianten - Variante A "offene Bauweise" und Variante B "geschlossene Bauweise" ausgeschrieben worden sei. Als Zuschlagskriterium sei der niedrigste "modifizierte Angebotspreis", abhängig vom verlesenen Angebotspreis, varianten- und bauzeitabhängigen baubegleitenden Dienstleistungskosten der Auftraggeberin und variantenabhängigen Kosten Dritter festgelegt worden. Ihr Hauptangebot sei in der Variante A angeboten worden und von der Auftraggeberin bei der Reihung der für die Zuschlagsentscheidung heranzuziehenden Angebote an dritter Stelle gereiht worden. Von der Antragstellerin angebotene Alternativen seien ausgeschieden worden. Lege man marktübliche Preise bzw. vergleichbare Erfahrungswerte zugrunde, handle es sich bei den von den erst- und zweitgereihten Angeboten der Mitbieter angebotenen Ausführungen in geschlossener Bauweise gegenüber der offenen Bauweise um die objektiv deutlich teurere Ausführungsweise. Es bestünden daher begründete Zweifel an der Angemessenheit der von den Mitbewerbern angebotenen Preise. Zwar wäre von der Auftraggeberin - in

Übereinstimmung mit der Ausschreibung - zwar eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen worden, diese wäre jedoch unzulänglich durchgeführt worden. Die Prüfung der Preisangemessenheit sei von der Auftraggeberin bloß anhand eines Preisspiegels durchgeführt worden, wobei nur die beiden erst- und zweitgereihten Angebote in der Ausführungsvariante B herangezogen worden wären. Die von den Mitbewerbern angebotenen Preise wären weder betriebswirtschaftlich nachvollziehbar noch durch außergewöhnlich günstige Bedingungen erklärbar. Bei einer ordnungsgemäßen vertieften Angebotsprüfung hätte die Auftraggeberin viel mehr zum Ergebnis kommen müssen, dass die Angebote der erst- und zweitgereihten Bieter auszuschneiden wären. Zudem würden diese Mitbieter bzw. die Subunternehmer nicht die erforderliche Eignung aufweisen bzw. sei diese jedenfalls von der Auftraggeberin nicht entsprechend geprüft worden. Mit dem Angebot hätten die Mitbieter nicht alle erforderlichen Unterlagen vorgelegt. Daher wären die Angebote der erst- und zweitgereihten Mitbieter auch aus diesen Gründen auszuschneiden. Zusätzlich liege ein weiterer Ausscheidungsgrund vor, da die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzen der erst- und zweitgereihten Mitbieter nicht den Mindestanforderungen entsprächen.

Der drohende Schaden liege zunächst darin, dass der Zuschlag bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung nicht erhalten werde. Überdies gehe ein bedeutendes Referenzprojekt verloren. Durch die frustrierte Angebotserstellung sei ein Schaden von Euro 275.850.-- entstanden. Es drohe jedenfalls ein Verdienstentgang (Gesamtzuschlag in Höhe von zumindest 6,3 % ausgehend vom Angebotsnettopreis von insgesamt Euro 99.360.758,08) in Höhe von Euro 6.259.727,76. Dazu kämen weitere Kosten im Laufe des Vergabeverfahrens, Vorhaltekosten und Kosten der Sicherung der Auftragsdurchführung sowie jene Kosten die in darin lägen, dass für eine Auftrags Erfüllung weiterhin Kapazitäten freizuhalten wären.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Erteilung des Zuschlages als Billigst- und Bestbieterin, in der Vergabe nach den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen, auf Ausschluss von Mitbieter an der Teilnahme am Vergabeverfahren, auf Ausscheidung ausschreibungs- bzw. vergaberechtswidriger Angebote von Mitbieter und auf vertiefte Prüfung von Angeboten, die einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen bzw. bei denen begründete Zweifel hinsichtlich der Preisangemessenheit bestünden, verletzt.

Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die Zuschlagsentscheidung bekämpft werde. Die Zuschlagserteilung sei noch nicht erfolgt. Durch die bevorstehende Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft E*** / F*** / G*** drohe ein gravierender Schaden. Die Wahrung ihrer Interessen wäre nach Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft E*** / F*** / G*** nur mehr erheblich eingeschränkt möglich, weil es nicht nur um eine Entschädigung für einen rechtswidrig nicht an sie erteilten Zuschlag ginge, sondern darüber hinaus insbesondere der gegenständliche Auftrag nicht als Referenz verwendet werden könnte.

Wesentliche öffentliche Interessen oder Interessen der Auftraggeberin stünden dem nicht entgegen. Es bestehe abgesehen von ihren eigenen Interessen sogar ein massives und jedenfalls überwiegendes öffentliches Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung, weil ansonsten die Vergabe an einen rechtens auszuschneidenden Bieter drohe. Insbesondere sei durch die einstweilige Verfügung auch keine ungebührliche Verzögerung des Bauvorhabens zu befürchten bzw. in das Nachprüfungsverfahren jedenfalls einzukalkulieren.

In seiner Stellungnahme vom 22. Juli 2005 gab die Auftraggeberin, vertreten durch X***, bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des ausgeschriebenen Bauauftrages aufgrund einer Auftragswertschätzung eines Ziviltechnikern vom Dezember 2004 Euro 83.462.943,95 für die Variante A und Euro 80.262.300,05 für die Variante B (jeweils exkl. USt) betrage. Das gegenständliche Vorhaben sei Teil des Gesamtvorhabens Lainzer Tunnel, dessen geschätzter Auftragswert Euro

1.158.904.600 betrage. Der verfahrensgegenständliche Auftrag sei weder vergeben, noch sei das Vergabeverfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen Bieter am 6. Juli 2005 unverzüglich und nachweislich mittels Telefax bekannt gegeben worden. Zum gesamten Antragsvorbringen der Antragstellerin werde binnen einer vom Bundesvergabeamt bis 3. August 2005, 12.00 Uhr, zugestanden Frist Stellung genommen. In Kenntnis der vergaberechtlichen Judikatur, wonach der Auftraggeber allfällige Verzögerungen durch Vergabekontrollverfahren beim Erstellen des Terminplanes für den Verfahrensablauf eines Vergabeverfahrens zu berücksichtigen habe, werde gegen die beantragte Erlassung der einstweiligen Verfügung kein Einwand erhoben.

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen der Antragstellerin sowie der Auftraggeberin, einer amtswegigen Einschau in die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Wege der Internetapplikation www.auftrag.at und einer ersten Einsichtnahme in die am 22. Juli 2005 von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens steht folgender für das Provisorialverfahren maßgeblicher Sachverhalt fest:

Am 16. Dezember 2004 wurde von der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG (HL-AG) eine Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife" (Titel des Vergabeverfahrens, wie er in der Ausschreibungsbekanntmachung von der Auftraggeberin verwendet wurde) zur Veröffentlichung im Amtsblatt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften nach Luxemburg übermittelt. Diese Ausschreibungsbekanntmachung wurde am 16. Dezember 2004 unter L196201 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger und am 23. Dezember 2004 im Supplement S des Amtsblattes (Amtsblatt Nr.: 250/2004) der Europäischen Gemeinschaften unter 2004/S250-215964 veröffentlicht. Als Bekanntmachungsformular wurde die Auftragsbekanntmachung eines Vergabeverfahrens im Sektorenbereich gewählt. In weiterer Folge erfolgte eine Änderung der Ausschreibung am 13. Jänner 2005 insoweit, als die Abgabeadresse für Angebote geändert wurde. Als Verfahrensart wurde das offene Verfahren gewählt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich auf Euro 1.158.904.600 (exkl. USt.), jener des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens je nach Ausführungsweise jedenfalls auf mindestens Euro 80.000.000.- (exkl. USt.; vgl. Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, OZ 8). Unter Pkt. 1 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen ist festgehalten, dass an sämtlichen Stellen, an denen die Eisenbahn Hochleistungsstrecken AG (HL-AG) genannt ist, als Rechtsnachfolger die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gelte. Die Angebotsöffnung fand am 15. März 2005 statt. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 99.360.758,08 (exkl. USt.). Am 6. Juli 2005 wurde den Bieter*innen die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Angebotes der Bietergemeinschaft E*** / F*** / G*** bekannt gegeben (vgl. übereinstimmende Mitteilung von Auftraggeberin und Antragstellerin sowie vorgelegte Verfahrensunterlagen). Die Antragstellerin verständigte am 19. Juli 2005 gemäß § 163 Abs. 2 BVergG die Auftraggeberin von der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und brachte die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung in Höhe von insgesamt Euro 10.000.-- gemäß § 177 BVergG zur Einzahlung (s. Beilagen zum Nachprüfungsantrag).

Am 16. Dezember 2004 wurde von der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG (HL-AG) eine Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "B 1044, Lainzer Tunnel, Baulos LT 44 "Güteschleife" (Titel des Vergabeverfahrens, wie er in der Ausschreibungsbekanntmachung von der Auftraggeberin verwendet wurde) zur Veröffentlichung im Amtsblatt für Amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften nach Luxemburg übermittelt. Diese Ausschreibungsbekanntmachung wurde am 16. Dezember 2004 unter L196201 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung / Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger und am 23. Dezember 2004 im Supplement S des Amtsblattes (Amtsblatt Nr.: 250 aus 2004,) der Europäischen Gemeinschaften unter 2004/S250-215964 veröffentlicht. Als Bekanntmachungsformular wurde die Auftragsbekanntmachung eines Vergabeverfahrens im Sektorenbereich gewählt. In weiterer Folge erfolgte eine Änderung der Ausschreibung am 13. Jänner 2005 insoweit, als die Abgabeadresse für Angebote geändert wurde. Als Verfahrensart wurde das offene Verfahren gewählt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich auf Euro 1.158.904.600 (exkl. USt.), jener des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens je nach Ausführungsweise jedenfalls auf mindestens Euro 80.000.000.- (exkl. USt.; vergleiche Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, OZ 8). Unter Pkt. 1 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen ist festgehalten, dass an sämtlichen Stellen, an denen die Eisenbahn Hochleistungsstrecken AG (HL-AG) genannt ist, als Rechtsnachfolger die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gelte. Die Angebotsöffnung fand am 15. März 2005 statt. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 99.360.758,08 (exkl. USt.). Am 6. Juli 2005 wurde den Bieter*innen die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Angebotes der Bietergemeinschaft E*** / F*** / G*** bekannt gegeben vergleiche übereinstimmende Mitteilung von Auftraggeberin und Antragstellerin sowie vorgelegte Verfahrensunterlagen). Die Antragstellerin verständigte am 19. Juli 2005 gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG die Auftraggeberin von der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und brachte die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung in Höhe von insgesamt Euro 10.000.-- gemäß Paragraph 177, BVergG zur Einzahlung (s. Beilagen zum Nachprüfungsantrag).

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

keine Bedenken ergeben.

Der vorliegende Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Hinsichtlich der Zuständigkeit, Zulässigkeit und den anzuwendenden Rechtsvorschriften wird auf die bisherige Spruchpraxis des Senates 16 - im Besonderen auf den auch von der Antragstellerin zitierten Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-19, sowie die dort zitierten weiteren Judikaturhinweise verwiesen. Auch das zuletzt ergangene Urteil des EuGH vom 16. Juni 2005, C-462/03 und C- 463/03, "Strabag AG und Kostmann GmbH" untermauert diese Spruchpraxis. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses der HL-AG zur ÖBB-Infrastruktur Bau AG wird auf Pkt. 1 des Teiles A der Ausschreibungsunterlagen im gegenständlichen Vergabeverfahren, wonach an sämtlichen Stellen, an denen die HL-AG genannt ist, als Rechtsnachfolger die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gilt, hingewiesen. Auch von der Antragstellerin wird im Nachprüfungsantrag kein Zweifel an der gänzlichen Rechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG dargelegt, sodass auch das Bundesvergabeamt im Sinne des Bescheides vom 22. Mai 2005, 16N-9/05-16 keinerlei Zweifel an der Auftraggebereigenschaft der ÖBB-Infrastruktur Bau AG zu erkennen vermag.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 19. Juli 2005 an den unter anderem für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Trotz gebotener Einordnung des gegenständlichen Vorhabens in den Oberschwellenbereich ist gemäß § 154 Abs 2 BVergG der betreffende Senatsvorsitzende allein zur Entscheidung über die Erlassung der einstweiligen Verfügung berufen. In Folge Ortsabwesenheit des zuständigen Senatsvorsitzenden hat gemäß Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes sein erster Vertreter zu entscheiden. Im Übrigen wurde der am 19. Juli 2005 beim Bundesvergabeamt eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden. Den Formerfordernissen des § 166 Abs. 1 und 2 BVergG wurde entsprochen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 19. Juli 2005 an den unter anderem für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Trotz gebotener Einordnung des gegenständlichen Vorhabens in den Oberschwellenbereich ist gemäß Paragraph 154, Absatz 2, BVergG der betreffende Senatsvorsitzende allein zur Entscheidung über die Erlassung der einstweiligen Verfügung berufen. In Folge Ortsabwesenheit des zuständigen Senatsvorsitzenden hat gemäß Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes sein erster Vertreter zu entscheiden. Im Übrigen wurde der am 19. Juli 2005 beim Bundesvergabeamt eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden. Den Formerfordernissen des Paragraph 166, Absatz eins und 2 BVergG wurde entsprochen.

Zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 171 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs. 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß § 171 Abs 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete

Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Da seitens der Auftraggeberin die Vergabe an die Bietergemeinschaft E*** / F*** / G*** vorgesehen ist, sie aber möglicherweise im gegenständlichen Vergabeverfahren zu einem solchen Vorgehen nicht berufen ist, droht der Antragstellerin bei Zutreffen ihrer Behauptungen durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Unterbindung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin beziffert den ihr durch eine allenfalls fehlgeleitete Auftragsvergabe drohenden Schaden mit zumindest Euro 275.850.-- (Angebotserstellungskosten) bzw. Euro 6.259.727,76 (Verdienstentgang). Es bestehen dem Grunde nach keine Zweifel am drohenden beträchtlichen Schaden, zumal dem Verlust eines Referenzprojektes angesichts des bisherigen Vorbringens besondere Bedeutung beizumessen ist.

Die Auftraggeberin führt in ihrer Stellungnahme vom 22. Juli 2005 aus, dass gegen die beabsichtigte Erlassung der einstweiligen Verfügung kein Einwand erhoben werde, zumal ein Auftraggeber allfällige Verzögerungen durch Vergabekontrollverfahren beim Erstellen des Terminplanes für den Verfahrensablauf eines Vergabeverfahrens zu berücksichtigen habe. Aus dieser Stellungnahme ist ersichtlich, dass die Auftraggeberin ein großes Interesse an einer raschen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens hat. Das Bundesvergabeamt vermag darüber hinaus keine Umstände im Sinne des § 171 Abs. 2 BVergG zu erkennen, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprächen. Die Auftraggeberin führt in ihrer Stellungnahme vom 22. Juli 2005 aus, dass gegen die beabsichtigte Erlassung der einstweiligen Verfügung kein Einwand erhoben werde, zumal ein Auftraggeber allfällige Verzögerungen durch Vergabekontrollverfahren beim Erstellen des Terminplanes für den Verfahrensablauf eines Vergabeverfahrens zu berücksichtigen habe. Aus dieser Stellungnahme ist ersichtlich, dass die Auftraggeberin ein großes Interesse an einer raschen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens hat. Das Bundesvergabeamt vermag darüber hinaus keine Umstände im Sinne des Paragraph 171, Absatz 2, BVergG zu erkennen, die gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprächen.

Die Maximaldauer eines Nachprüfungsverfahrens im Oberschwellenbereich gemäß § 176 Abs. 2 BVergG beträgt zwei Monate (wobei diese Maximaldauer auch unterschritten werden kann). Es kann aus derzeitiger Sicht nicht ausgeschlossen werden, dass der zuständige Senat für die Entscheidung über das Nachprüfungsbegehren den vollen Zeitraum von zwei Monaten benötigt, zumal einerseits die Antragstellerin eine mündliche Verhandlung beantragt hat, andererseits aber auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass mehrere mündliche Verhandlungen oder auch die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein werden. Die Maximaldauer eines Nachprüfungsverfahrens im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 176, Absatz 2, BVergG beträgt zwei Monate (wobei diese Maximaldauer auch unterschritten werden kann). Es kann aus derzeitiger Sicht nicht ausgeschlossen werden, dass der zuständige Senat für die Entscheidung über das Nachprüfungsbegehren den vollen Zeitraum von zwei Monaten benötigt, zumal einerseits die Antragstellerin eine mündliche Verhandlung beantragt hat, andererseits aber auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass mehrere mündliche Verhandlungen oder auch die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein werden.

Gemäß § 171 Abs. 5 BVergG tritt die einstweilige Verfügung nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch zwei Monate nach Antragstellung, oder mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft. Gemäß Paragraph 171, Absatz 5, BVergG tritt die einstweilige Verfügung nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch zwei Monate nach Antragstellung, oder mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft.

zu II.) zu römisch zwei.)

Hinsichtlich des unter II. entschieden Antrages auf Ersatz der von der Antragstellerin bezahlten Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von Euro 5.000.-- wird auf § 177 Abs. 5 BVergG verwiesen, wonach der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner hat. Hiezu hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6. April 2005, 2004/04/0091, 0092, ausgesprochen, dass nach § 59 Abs. 1 AVG der Spruch eines

Bescheides u.a. "die allfällige Kostenfrage" zu erledigen habe. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß § 74 Abs. 2 AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden habe, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedürfe. Die in den Materialien zum BVergG - ohne nähere Begründung - festgehaltene Meinung, dass für die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gemäß § 177 Abs. 5 BVergG nicht das Bundesvergabeamt, sondern die Zivilgerichte zuständig seien, habe daher im Gesetz keinen Niederschlag gefunden und sei somit unbeachtlich. Hinsichtlich des unter römisch zwei. entschieden Antrages auf Ersatz der von der Antragstellerin bezahlten Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von Euro 5.000.-- wird auf Paragraph 177, Absatz 5, BVergG verwiesen, wonach der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner hat. Hiezu hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 6. April 2005, 2004/04/0091, 0092, ausgesprochen, dass nach Paragraph 59, Absatz eins, AVG der Spruch eines Bescheides u.a. "die allfällige Kostenfrage" zu erledigen habe. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde in der Regel in dem die Hauptsache erledigenden Bescheid - auch über den gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG in den Verwaltungsvorschriften normierten Kostenersatzanspruch eines Beteiligten gegen einen anderen zu entscheiden habe, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Normierung der Kompetenz für diese Kostenentscheidung im jeweiligen Materiengesetz bedürfe. Die in den Materialien zum BVergG - ohne nähere Begründung - festgehaltene Meinung, dass für die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG nicht das Bundesvergabeamt, sondern die Zivilgerichte zuständig seien, habe daher im Gesetz keinen Niederschlag gefunden und sei somit unbeachtlich.

In Kenntnis dieses Erkenntnisses wurde durch einen verstärkten Senat des Bundesvergabeamtes mit Bescheid vom 13. Mai 2005, 04N-17/05-49, erstmals von der bis zu diesem Zeitpunkt gängigen Spruchpraxis der Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes hinsichtlich des Kostenersatzanspruches einer entrichteten Pauschalgebühr abgegangen und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bejaht. In Fortentwicklung dieser Spruchpraxis wurde vom Bundesvergabeamt weiter entschieden, dass - sofern einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wird und die antragstellende Partei rechtzeitig den Kostenzuspruch der entrichteten Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung dieser einstweiligen Verfügung beantragt - bereits im Provisorialverfahren (in der Regel mit dem stattgebenden Bescheid) über diesen Kostenzuspruch (stattgebend) bereits vor der Entscheidung in der Hauptsache vom zuständigen Senatsvorsitzenden zu entscheiden ist (BVA vom 17. Mai 2005, 04N-17/05-50, BVA vom 19. Mai 2005, 06N-33/05-22, BVA vom 20. Mai 2005, 04N-16/05-25, BVA vom 23. Mai 2005, 06N-41/05-7, BVA vom 25. Mai 2005, 15N-26/05-32, BVA vom 30. Mai 2005, 17N-46/05-20, BVA vom 30. Mai 2005, 17N-49/05-11, BVA vom 9. Juni 2005, 17N-54/05-15, BVA vom 10. Juni 2005, 17N-56/05-6, BVA vom 13. Juni 2005, 17N-57/05-11, BVA vom 23. Juni 2005, 17N-62/05-13, BVA vom 24. Juni 2005, 04N-06/05-80, BVA vom 28. Juni 2005, 17N-64/05-10, BVA vom 1. Juli 2005, 12N-65/05-12, BVA vom 1. Juli 2005, 16N-36/05-37, BVA vom 12. Juli 2005, 11N-42/05-15, 11N-43/05-10, 11N-44/05-13, BVA vom 13. Juli 2005, 13N-61/05-13, BVA vom 15. Juli 2005, 17N-57/05-29, BVA vom 18. Juli 2005, 04N-70/05-6, BVA vom 19. Juli 2005, 04N-17/05-56 und zuletzt BVA vom 22. Juli 2005, 11N-42/05-16). In diesen Entscheidungen geht das Bundesvergabeamt davon aus, dass mit der stattgebenden Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jedenfalls zumindest ein teilweises Obsiegen der antragstellenden Partei verbunden ist.

Auch der diesen Bescheid erlassende Senatsvorsitzende schließt sich dieser Auffassung an, da das Stattgeben eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (zumindest vorläufig) eine verbesserte Position des Antragstellers nach sich zieht. Ohne die stattgebende Entscheidung durch das Bundesvergabeamt müsste die Antragstellerin im gegenständlichen Fall nach Ablauf der Zuschlagsfrist jedenfalls damit rechnen, dass sie durch die dann drohende Zuschlagserteilung den ausgeschriebenen Auftrag nicht mehr erhalten könnte. Das bedeutet, die Antragstellerin hat - ausschließlich den Antrag und die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung berücksichtigend - obsiegt, da sich durch die Entscheidung im dann abgeschlossenen Provisorialverfahren ihre Rechtsposition verbessert hat und ihrem Begehren auch Recht gegeben wurde. Ob der dann damit verbundene Kostenersatzzuspruch "gerecht" (unter Berücksichtigung des Ausgangs im Hauptverfahren) ist, muss dahingestellt bleiben. Die im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18 sowie vom 1. Juli 2005, 13N-55/05-11, geäußerte Rechtsansicht, dass aus den Materialien zum BVergG entnommen werden könne, der Gesetzgeber habe sich beim Rechtsschutzteil teilweise weit gehend am VwGG orientiert und daher wären die dort

verankerten Grundsätze (§§ 47 Abs. 1, 50, 56, 58 Abs. 2 VwGG) entsprechend heranzuziehen wird nicht geteilt. Die Begründung des Erkenntnisses des VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091, 0092, berücksichtigend muss dazu ausgeführt werden, dass diese in den Materialien angeführte Absicht im Gesetzeswortlaut des BVergG keinen Niederschlag gefunden hat. Dementsprechend kann auch aus dem Bundesvergabegesetz keinesfalls - wie in den beiden oben angeführten Bescheiden unter Berufung auf eine behauptete Vorbildwirkung der §§ 389 ff EO für Bestimmungen betreffend einstweilige Verfügungen nach dem Bundesvergabegesetz ausgeführt wird - davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze der §§ 389 EO zumindest mittelbar anzuwenden wären. Vielmehr ergibt sich aus dem Bundesvergabegesetz - § 177 Abs. 5 BVergG - nur der Hinweis, dass der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr durch den Antragsgegner hat. Hinsichtlich des Obsiegens der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren vor dem Bundesvergabebeamten wurde bereits oben ausgeführt, dass diese durch die Stattgabe der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung (unabhängig ob man das Provisorialverfahren als eigenständiges Verfahren oder als Teil des Verfahrens vor dem Bundesvergabebeamten ansieht) zumindest teilweise obsiegt hat. Im Übrigen wird auch auf den derzeit in Begutachtung befindlichen Entwurf für ein "BVergG 2006" hingewiesen, wonach als § 333 Abs. 2 dieses Gesetzesentwurfes beim Pauschalgebührensatz zu einstweiligen Verfügungen hinkünftig auf den Ausgang im Hauptverfahren abgestellt werden soll, und demgemäß von den für Legistik betreffend ein Bundesvergabebeamten zuständigen Juristen ein Handlungs- bzw. Änderungsbedarf gesehen wird. Auch der diesen Bescheid erlassende Senatsvorsitzende schließt sich dieser Auffassung an, da das Stattgeben eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (zumindest vorläufig) eine verbesserte Position des Antragstellers nach sich zieht. Ohne die stattgebende Entscheidung durch das Bundesvergabeamt müsste die Antragstellerin im gegenständlichen Fall nach Ablauf der Zuschlagsfrist jedenfalls damit rechnen, dass sie durch die dann drohende Zuschlagserteilung den ausgeschriebenen Auftrag nicht mehr erhalten könnte. Das bedeutet, die Antragstellerin hat - ausschließlich den Antrag und die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung berücksichtigend - obsiegt, da sich durch die Entscheidung im dann abgeschlossenen Provisorialverfahren ihre Rechtsposition verbessert hat und ihrem Begehren auch Recht gegeben wurde. Ob der dann damit verbundene Kostenersatzanspruch "gerecht" (unter Berücksichtigung des Ausgangs im Hauptverfahren) ist, muss dahingestellt bleiben. Die im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 24. Juni 2005, 13N-48/05-18 sowie vom 1. Juli 2005, 13N-55/05-11, geäußerte Rechtsansicht, dass aus den Materialien zum BVergG entnommen werden könne, der Gesetzgeber habe sich beim Rechtsschutzteil teilweise weit gehend am VwGG orientiert und daher wären die dort verankerten Grundsätze (Paragraphen 47, Absatz eins, 50, 56, 58, Absatz 2, VwGG) entsprechend heranzuziehen wird nicht geteilt. Die Begründung des Erkenntnisses des VwGH vom 6. April 2005, 2004/04/0091, 0092, berücksichtigend muss dazu ausgeführt werden, dass diese in den Materialien angeführte Absicht im Gesetzeswortlaut des BVergG keinen Niederschlag gefunden hat. Dementsprechend kann auch aus dem Bundesvergabegesetz keinesfalls - wie in den beiden oben angeführten Bescheiden unter Berufung auf eine behauptete Vorbildwirkung der Paragraphen 389, ff EO für Bestimmungen betreffend einstweilige Verfügungen nach dem Bundesvergabegesetz ausgeführt wird - davon ausgegangen werden, dass die Grundsätze der Paragraphen 389, EO zumindest mittelbar anzuwenden wären. Vielmehr ergibt sich aus dem Bundesvergabegesetz - Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - nur der Hinweis, dass der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr durch den Antragsgegner hat. Hinsichtlich des Obsiegens der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren vor dem Bundesvergabebeamten wurde bereits oben ausgeführt, dass diese durch die Stattgabe der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung (unabhängig ob man das Provisorialverfahren als eigenständiges Verfahren oder als Teil des Verfahrens vor dem Bundesvergabebeamten ansieht) zumindest teilweise obsiegt hat. Im Übrigen wird auch auf den derzeit in Begutachtung befindlichen Entwurf für ein "BVergG 2006" hingewiesen, wonach als Paragraph 333, Absatz 2, dieses Gesetzesentwurfes beim Pauschalgebührensatz zu einstweiligen Verfügungen hinkünftig auf den Ausgang im Hauptverfahren abgestellt werden soll, und demgemäß von den für Legistik betreffend ein Bundesvergabebeamten zuständigen Juristen ein Handlungs- bzw. Änderungsbedarf gesehen wird.

Schlagworte

Auftraggebereigenschaft, Sektorentätigkeit, Kostenersatz;

Dokumentnummer

VERGT_20050725_16N_74_05_9_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