

# TE Verg Bescheid 2004/12/3 16N-119/04-5

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.12.2004

## Norm

AVG §13 Abs3

BundesbahnG 1992 §1 Abs3

BundesbahnG 1992 §2

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §120 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs2 Z3

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

VwGG §28 Abs1 Z4

SektorenRL Art2 Abs2 litc

SektorenRL Art5 Abs1

1. AVG § 13 heute
  2. AVG § 13 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
  3. AVG § 13 gültig von 01.01.2012 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
  4. AVG § 13 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
  5. AVG § 13 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
  6. AVG § 13 gültig von 01.07.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
  7. AVG § 13 gültig von 01.03.2004 bis 30.06.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
  8. AVG § 13 gültig von 20.04.2002 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
  9. AVG § 13 gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
  10. AVG § 13 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
  11. AVG § 13 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
- 
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
8. VwGG § 28 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 3. Dezember 2004 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, wie folgt entschieden:

### Spruch

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Phase 2 für den Arlbergeisenbahntunnel" des Auftraggebers Österreichische Bundesbahnen (ÖBB), Elisabethstraße 9, 1010 Wien vertreten durch X\*\*\*, wird dem Antrag einer Bietergemeinschaft bestehend aus der (1) A\*\*\* und der (2) B\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "das Verhandlungsverfahren [...] bis zur Entscheidung über die Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung der Bietergemeinschaft A\*\*\*/B\*\*\* ausgesetzt und dem Auftraggeber die Unterlassung der Angebotsöffnung und die Erteilung des Zuschlags untersagt [wird]", gemäß § 171 Abs. 1, 3, 4 und 5 BVerG teilweise stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Phase 2 für den Arlbergeisenbahntunnel" des Auftraggebers Österreichische Bundesbahnen (ÖBB), Elisabethstraße 9, 1010 Wien vertreten durch X\*\*\*, wird dem Antrag einer Bietergemeinschaft bestehend aus der (1) A\*\*\* und der (2) B\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "das Verhandlungsverfahren [...] bis zur Entscheidung über die Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung der Bietergemeinschaft A\*\*\*/B\*\*\* ausgesetzt und dem Auftraggeber die Unterlassung der Angebotsöffnung und die Erteilung des Zuschlags untersagt [wird]", gemäß Paragraph 171, Absatz eins, 3, 4 und 5 BVerG teilweise stattgegeben.

Der ÖBB ist die Öffnung der Angebote im Vergabeverfahren "Sicherheitstechnische Nachrüstung Phase 2 für den Arlbergeisenbahntunnel" bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis einschließlich 29. Jänner 2005, untersagt.

Das Mehrbegehren, dem die Untersagung der Zuschlagserteilung und die gänzliche Aussetzung des Verhandlungsverfahrens zu Grunde liegen, wird gemäß § 171 Abs. 1 und 4 BVerG abgewiesen. Das Mehrbegehren, dem die Untersagung der Zuschlagserteilung und die gänzliche Aussetzung des Verhandlungsverfahrens zu Grunde liegen, wird gemäß Paragraph 171, Absatz eins und 4 BVerG abgewiesen.

### Begründung

Die Antrag stellende Bietergemeinschaft beehrte mit Schreiben vom 29. November 2004 die Nichtigerklärung der Bewerberauswahl sowie die Erlassung der dem Spruch zu entnehmenden einstweiligen Verfügung.

Zu Begründung ihres Hauptantrages führte sie im Wesentlichen aus, dass der Auftraggeber im Rahmen der Sanierung und des Ausbaus des Arlbergeisenbahntunnels Bauarbeiten im Hinblick auf die Fahrbahnerneuerung durch Sohlintiefungen und die Herstellung einer festen Fahrbahn bzw. eines Masse-Feder-Systems im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben habe. Die Ausschreibung sei am 8. September 2004 im Internet bekannt gemacht worden. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge sei der 4. Oktober 2004 vorgegeben worden. Mit Schreiben vom 16. September 2004 habe man sich als Bietergemeinschaft um die Teilnahme am Verhandlungsverfahren beworben. Mittels e-mail vom selben Tag habe der Auftraggeber darauf hingewiesen, dass das Verhandlungsverfahren elektronisch abgewickelt werde. Demgemäß habe man in weiterer Folge eine Bewerbung über die Internetplattform des Auftraggebers eingereicht. Mit weiterer e-mail vom 28. Oktober 2004 habe der Auftraggeber sodann gebeten, die Leistungsfähigkeit bezüglich der wesentlichen Arbeiten zu erläutern. Dieser Aufforderung sei man mit e-mail vom 4. November 2004 nachgekommen.

Die beiden Mitglieder der Antrag stellenden Bietergemeinschaft würden zu den wenigen Unternehmen, die über einschlägige Erfahrungen im Einbau einer festen Fahrbahn oder eines Masse-Feder-Systems sowie im Tunnelausbau verfügen, zählen. Anhand von Referenzen sei die Spezialisierung auf derartige Bauvorhaben nachgewiesen worden. Dennoch habe der Auftraggeber mittels e-mail vom 16. November 2004 mitgeteilt, dass der betreffende

Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt worden sei. Nach entsprechender Aufforderung habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 22. November 2004 eine nachträglich angefertigte anwaltliche Stellungnahme übermittelt, aus der hervorgehen soll, dass die Bietergemeinschaft die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit nicht erfülle. Dies sei zurück zu weisen. Die Bietergemeinschaft sei befugt, leistungsfähig, zuverlässig und in der Lage sämtlichen Ausschreibungskriterien zu entsprechen.

Der Auftraggeber habe mit seinem Vorgehen zunächst gegen § 32 Abs. 6 BVergG verstoßen. Demnach hätte nach Abschluss der Auswahl eine Verständigung unter Bekanntgabe der Gründe erfolgen müssen. Es bestünde kein Geheimhaltungsbedarf, öffentliche Interessen oder Geschäftsinteressen von Unternehmen, die einer derartigen Information entgegenstehen würden, seien nicht erkennbar. Darüber hinaus habe der Auftraggeber den Anspruch der Bietergemeinschaft auf Beteiligung am Vergabeverfahren verletzt. Ein Prüfsystem im Sinne des § 129 BVergG sei nicht eingerichtet worden. Es hätte daher ein schriftliches Regelwerk für die Auswahl des Bewerberkreises im Vorfeld erstellt werden müssen. Die gesetzlich vorgeschriebene "objektiven Regeln und Kriterien" ergeben sich jedoch ausschließlich aus der Bekanntmachung und seien denkbar knapp gefasst. So werde beispielsweise ausgeführt, dass die technische Leistungsfähigkeit gegeben sei, wenn "Erfahrungen im ausgeschriebenen Leistungsspektrum im Gefahrenbereich von Eisenbahnanlagen (Eisenbahntunnel)" vorliegen. Hiefür sei eine Referenzliste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen abverlangt worden. Dieser Forderung sei man nachgekommen. Die Bietergemeinschaft habe daher einen Anspruch auf Teilnahme am Verfahren, zumal keine weiteren Beschränkungen vorgesehen seien und so viele Bewerber berücksichtigt werden müssten, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet werden könne. Der Auftraggeber habe mit seinem Vorgehen zunächst gegen Paragraph 32, Absatz 6, BVergG verstoßen. Demnach hätte nach Abschluss der Auswahl eine Verständigung unter Bekanntgabe der Gründe erfolgen müssen. Es bestünde kein Geheimhaltungsbedarf, öffentliche Interessen oder Geschäftsinteressen von Unternehmen, die einer derartigen Information entgegenstehen würden, seien nicht erkennbar. Darüber hinaus habe der Auftraggeber den Anspruch der Bietergemeinschaft auf Beteiligung am Vergabeverfahren verletzt. Ein Prüfsystem im Sinne des Paragraph 129, BVergG sei nicht eingerichtet worden. Es hätte daher ein schriftliches Regelwerk für die Auswahl des Bewerberkreises im Vorfeld erstellt werden müssen. Die gesetzlich vorgeschriebene "objektiven Regeln und Kriterien" ergeben sich jedoch ausschließlich aus der Bekanntmachung und seien denkbar knapp gefasst. So werde beispielsweise ausgeführt, dass die technische Leistungsfähigkeit gegeben sei, wenn "Erfahrungen im ausgeschriebenen Leistungsspektrum im Gefahrenbereich von Eisenbahnanlagen (Eisenbahntunnel)" vorliegen. Hiefür sei eine Referenzliste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen abverlangt worden. Dieser Forderung sei man nachgekommen. Die Bietergemeinschaft habe daher einen Anspruch auf Teilnahme am Verfahren, zumal keine weiteren Beschränkungen vorgesehen seien und so viele Bewerber berücksichtigt werden müssten, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet werden könne.

Durch die Nicht-Zulassung zur Angebotsstufe entstehe letztlich ein Schaden, der dem Erfüllungsinteresse entspreche. Wenn der Auftrag nicht erteilt werde, entgehe zum einen der kalkulierte Gewinn. Zum anderen werde eine wertvolle Referenz verloren, die in weiteren Vergabeverfahren die Eignung und Leistungsfähigkeit zusätzlich untermauern würde. Der Schaden könne derzeit nur geschätzt werden. Die Auftragssumme werde aller Voraussicht nach etwa Euro 70 Millionen betragen. Nach der Verwaltungspraxis des BVA sei ein Schaden in Höhe von 10% der Auftragssumme notorisch, sodass von einem Betrag von Euro 7 Millionen auszugehen sei. Dieser Betrag beinhalte auch die so genannten Zentralregionen bzw. Geschäftsgemeinkosten, die sich ein Unternehmer im Regelfall nicht ersparen könne. Wenn man also allfällige Ersparnisse auf Grund der Nicht-Zulassung zum Verfahren ins Kalkül zu ziehen habe, sei zumindest 5% der Auftragssumme und somit Euro 3,5 Millionen als Schadensbetrag zu benennen. Zur gegenständlichen einstweiligen Verfügung verweist die Bietergemeinschaft auf die Ausführungen zum Hauptantrag. Im Übrigen sei man gezwungen gewesen, einen umfassenden Sicherungsantrag zu stellen, da der derzeitige Stand des Verhandlungsverfahrens den Mitgliedern der Bietergemeinschaft nicht bekannt sei.

Der Auftraggeber brachte in seiner Stellungnahme vom 1. Dezember 2004 vor, dass sich der geschätzte Nettoauftragswert des Gesamtvorhabens auf Euro 122 Millionen und jener der gegenständlichen Bauvergabe auf Euro 75 Millionen belaufe. Die Angebotsfrist ende mit 21. Dezember 2004. Derzeit seien daher noch keine Angebote eingegangen bzw. geöffnet worden. Der Auftrag könne daher auch noch nicht vergeben worden sein. Im Übrigen sei das Projekt "Sicherheitstechnische Nachrüstung Phase 2 für den Arlberg(eisenbahn)tunnel" im Zusammenhang mit

dem von den ÖBB und der C\*\*\* gemeinsam abzuwickelnden Projekt der Herstellung von Fluch- und Rettungswegen zwischen dem Straßen- und dem Eisenbahntunnel zu sehen. Der Baubeginn für dieses Gemeinschaftsprojekt sei bereits im September 2004 erfolgt und die bergmännischen Vortriebsarbeiten stünden unmittelbar vor ihrem Beginn.

Entsprechend der angetroffenen Geologie würden die ersten beiden Flucht- und Rettungswege im Oktober 2005 an der vereinbarten Bauverbotsgrenze des Eisenbahntunnels angelangt sein. Das Arbeitsinspektorat gebe einen möglichst raschen Durchschlag vor, weshalb ein knapper Terminplan erarbeitet worden sei. Zudem sei darauf zu verweisen, dass die Arbeiten unter extrem erschwerten Bedingungen unter Aufrechterhaltung des Bahnbetriebes zu erfolgen haben. Bereits um die Anschlagsbereiche vorzubereiten, werde im Mai 2005 die Arlbergstrecke für zwei Tage gesperrt. Auch in weiterer Folge seien das Sperren eines Streckengleises und die Abwicklung des gesamten Zugverkehrs auf nur einem Gleis unumgänglich. Die Vortriebsarbeiten werden sodann in einer neun Tage dauernden Totalsperre des Arlbertunnels begonnen. Diese Sperren habe man bereits im Frühjahr 2004 abstimmen müssen. Es seien umfangreiche organisatorische Erfordernisse hinsichtlich der zutreffenden Maßnahmen (Schienenersatzverkehr und Umleitungen) sowie internationale Koordinationstätigkeiten mit den benachbarten Bahnverwaltungen damit verknüpft. Die Einleitung solcher Sperren sei mit langen Vorlaufzeiten verbunden und bei Nichteinhaltung der oben angeführten und bereits international abgestimmten Sperren würde eine Verzögerung von mindestens einem Jahr eintreten. Zusammenhängende Sperren auf eine längere Zeitdauer mit entsprechend langer Vorbereitungszeit könnten nämlich ausschließlich jeweils im Monat August stattfinden.

Des weiteren sei der Auftraggeber der Ansicht, dass das besondere öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Erhöhung des Sicherheitsniveaus sowohl des Straßen- als auch des Eisenbahntunnels evident sei. Dies habe das Bundesvergabeamt auch in einem Bescheid vom 2. Oktober 2001, N-98/01-11, zur Vergabe der gegenständlichen Planungsleistungen bereits ausgesprochen. In jüngster Vergangenheit eingetretene Ereignisse (Mont Blanc Tunnel, Tauerntunnel) hätten zudem die Notwendigkeit entsprechender Sicherheitsvorkehrungen eindrucks- und leidvoll vor Augen geführt.

Allgemein sei zum Vorbringen der Antragstellerin zu vermerken, dass diesem kein Beschwerdepunkt entnommen werden könne. Vor Behebung dieses Mangels könne daher auch nicht über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entschieden werden, weil noch nicht klar sei, welchem Zweck die einstweilige Verfügung im Einzelnen dienen soll. Zudem sei die beantragte Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens eine Maßnahme, die jedenfalls über das hinausgehe, was zur Abwehr allfälliger drohender Schäden erforderlich sei. Im Erfolgsfall könnte die Antrag stellende Bietergemeinschaft an der zweiten Verfahrensstufe teilnehmen. Um dies abzusichern, sei es nicht nötig, die weitere Fortführung des gesamten Vergabeverfahrens durch dessen Aussetzung zu hemmen und dem Auftraggeber sohin jede Tätigkeit zu untersagen. Gleiches gelte für das Verbot der Angebotsöffnung, da eine Teilnahme der Antrag stellenden Bietergemeinschaft auch nachträglich erfolgen könne. Es werde daher ersucht, nur solche Maßnahmen zu verfügen, die eine Fortführung des Vergabeverfahrens und die Wahrung der oben angeführten Termine ermögliche. Das Verbot der Angebotsöffnung und die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens seien nicht erforderlich, um dem Rechtsschutzbegehren der Antrag stellenden Bietergemeinschaft zu entsprechen. Es werde daher beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen, in eventu lediglich das Verbot der Zuschlagserteilung auszusprechen.

Auf Grund der vorgelegten Stellungnahmen der Antrag stellenden Bietergemeinschaft und des Auftraggebers wurde im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt:

Im Hinblick auf die sicherheitstechnische Nachrüstung des Arlbergeisenbahntunnels schrieb die ÖBB in einer Phase 2 Bauleistungen in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung aus. Als Termin für die Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde der 4. Oktober 2004 und als einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis vorgegeben (siehe Bekanntmachung vom 8. September 2004, Beilage zu OZ 1). Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beläuft sich auf Euro 122 Millionen (exkl. USt.), für die gegenständliche Bauvergabe wird ein geschätzter Betrag von Euro 75 Millionen (exkl. USt.) angegeben ("Bekanntgabe und Einwände" des Auftraggebers vom 1. Dezember 2004, OZ 3).

Nach entsprechender Kontaktaufnahme durch die A\*\*\* teilte der Auftraggeber in einem e-mail vom 16. September 2004 mit, dass das Verfahren "elektronisch" abgewickelt wird (Beilage zu OZ 1). In weiterer Folge wurden vom betreffenden Bauunternehmer Eignungsnachweise in die vorgegebene Internetplattform des Auftraggebers

"eingepflegt" (vgl. Vorbringen der Antrag stellenden Bietergemeinschaft vom 29. November 2004; OZ 1, und betreffende Dokumentenaufstellung - Ausdruck vom 23. November 2004, Beilage zu OZ 1). In einem weiteren E-mail vom 28. Oktober 2004 legte der Auftraggeber dar, dass für das gegenständliche Verfahren lediglich Bewerber berücksichtigt werden, die als Alleinunternehmer oder als Bietergemeinschaft die technische Leistungsfähigkeit für das gesamte Leistungsspektrum erfüllen können. Zugleich wurde die A\*\*\* aufgefordert, bis 4. November 2004 ein beigelegtes Datenblatt ausgefüllt zu übermitteln (wiederum Beilage zu OZ 1). In einem E-mail vom 4. November 2004 wurde von der A\*\*\* festgehalten, dass "im Falle der Auftragserteilung [...] die Bauarbeiten in Arbeitsgemeinschaft mit der Schweizer Firma B\*\*\* ausgeführt [würden]". In einer Anlage wurde unter anderem das abverlangte Datenblatt übermittelt (Beilage zu OZ 1). Nach entsprechender Kontaktaufnahme durch die A\*\*\* teilte der Auftraggeber in einem e-mail vom 16. September 2004 mit, dass das Verfahren "elektronisch" abgewickelt wird (Beilage zu OZ 1). In weiterer Folge wurden vom betreffenden Bauunternehmer Eignungsnachweise in die vorgegebene Internetplattform des Auftraggebers "eingepflegt" vergliche Vorbringen der Antrag stellenden Bietergemeinschaft vom 29. November 2004; OZ 1, und betreffende Dokumentenaufstellung - Ausdruck vom 23. November 2004, Beilage zu OZ 1). In einem weiteren E-mail vom 28. Oktober 2004 legte der Auftraggeber dar, dass für das gegenständliche Verfahren lediglich Bewerber berücksichtigt werden, die als Alleinunternehmer oder als Bietergemeinschaft die technische Leistungsfähigkeit für das gesamte Leistungsspektrum erfüllen können. Zugleich wurde die A\*\*\* aufgefordert, bis 4. November 2004 ein beigelegtes Datenblatt ausgefüllt zu übermitteln (wiederum Beilage zu OZ 1). In einem E-mail vom 4. November 2004 wurde von der A\*\*\* festgehalten, dass "im Falle der Auftragserteilung [...] die Bauarbeiten in Arbeitsgemeinschaft mit der Schweizer Firma B\*\*\* ausgeführt [würden]". In einer Anlage wurde unter anderem das abverlangte Datenblatt übermittelt (Beilage zu OZ 1).

Mit e-mail vom 16. November 2004 teilte der Auftraggeber der A\*\*\* mit, dass ihr Teilnahmeantrag entsprechend den konkreten Kriterien nicht berücksichtigt werden konnte (Beilage zu OZ 1). Mit Schreiben vom 18. November 2004 forderte Y\*\*\* die ÖBB für die Bietergemeinschaft A\*\*\* - B\*\*\* auf, die Ablehnung zu begründen und eine Kopie der Niederschrift der Kommissionsentscheidung zu übermitteln. Mit e-mail vom 22. November 2004 legte der Auftraggeber ein Schreiben von X\*\*\* vor. Darin wird wie folgt ausgeführt: "Die Begründung für die Ablehnung der ARGE hat sich aus der Bewerberbewertung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit ergeben. Dabei wurde festgestellt, dass keine Fahrbahnabtragreferenz im Gefahrenbereich, keine Feste Fahrbahnreferenz im Gefahrenbereich (Zimmerbergtunnel ist Neubautunnel), keine Masse-Feder-Systemreferenz im Gefahrenbereich (Zimmerbergtunnel ist Neubautunnel) und keine Löschwasserreferenz abgegeben wurden. Es konnte daher seitens der ARGE die technische Leistungsfähigkeit entsprechend den Vorgaben in der Bekanntmachung und in der Nachsendung nicht nachgewiesen werden" (siehe jeweils Beilage zu OZ 1).

Das Ende der Angebotsfrist ist mit 21. Dezember 2004, 13.30 Uhr, vorgegeben. Bislang sind noch keine Angebote eingegangen bzw. geöffnet worden. Der Auftrag wurde daher noch nicht vergeben ("Bekanntgabe und Einwände" des Auftraggebers vom 1. Dezember 2004, OZ 3).

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 des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die ÖBB ist grundsätzlich als öffentlicher Auftraggeber iSv § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG anzusehen (siehe Schramm/Dischenhofer, Das Betreiben von Schienennetzen gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. c der Sektorenrichtlinie, ÖJZ 1999, 1 sowie Gutknecht, Privatisierung und Unternehmenspolitik, rechtliche Rahmenbedingungen dargestellt am Beispiel der Österreichischen Bundesbahnen und deren Tätigkeit im Infrastrukturbereich, ÖZW 1997, 97). Überdies gilt es jedoch zu prüfen, inwiefern sie eine Sektorentätigkeit ausübt. § 120 Abs. 2 Z 3 BVergG sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene eine privilegierte Tätigkeit darstellt. Durch Hinzufügen der Bereitstellung ist der Gesetzgeber vom Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. c SektorenRL abgewichen. Ohne dies in den Materialien näher darzulegen, dürfte damit auf die bisherige Einordnungsproblematik, inwiefern Infrastrukturmaßnahmen der ÖBB dem Betreiben von Netzen dienen und somit als Sektorentätigkeit einzustufen sind, reagiert worden sein (z.B. BVA vom 30. August 2002, N-38/02-26).

Allenfalls bestehende gemeinschaftsrechtliche Bedenken an der Formulierung des § 120 Abs. 2 Z 3 BVergG können zudem durch die - bislang nicht umgesetzte - Richtlinie 2004/17/EG (SektorenRL 2004) als weitgehend relativiert angesehen werden. Deren Art 5 Abs 1 zählt nunmehr ebenfalls die "Bereitstellung [...] von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Schiene" zu den Sektorentätigkeiten. Die ÖBB ist grundsätzlich als öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG anzusehen (siehe Schramm/Dischenhofer, Das Betreiben von Schienennetzen gemäß Artikel 2, Absatz 2, Litera c, der Sektorenrichtlinie, ÖJZ 1999, 1 sowie Gutknecht, Privatisierung und Unternehmenspolitik, rechtliche Rahmenbedingungen dargestellt am Beispiel der Österreichischen Bundesbahnen und deren Tätigkeit im Infrastrukturbereich, ÖZW 1997, 97). Überdies gilt es jedoch zu prüfen, inwiefern sie eine Sektorentätigkeit ausübt. Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene eine privilegierte Tätigkeit darstellt. Durch Hinzufügen der Bereitstellung ist der Gesetzgeber vom Wortlaut des Artikel 2, Absatz 2, Litera c, SektorenRL abgewichen. Ohne dies in den Materialien näher darzulegen, dürfte damit auf die bisherige Einordnungsproblematik, inwiefern Infrastrukturmaßnahmen der ÖBB dem Betreiben von Netzen dienen und somit als Sektorentätigkeit einzustufen sind, reagiert worden sein (z.B. BVA vom 30. August 2002, N-38/02-26). Allenfalls bestehende gemeinschaftsrechtliche Bedenken an der Formulierung des Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG können zudem durch die - bislang nicht umgesetzte - Richtlinie 2004/17/EG (SektorenRL 2004) als weitgehend relativiert angesehen werden. Deren Artikel 5, Absatz eins, zählt nunmehr ebenfalls die "Bereitstellung [...] von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Schiene" zu den Sektorentätigkeiten.

Nach § 1 Abs. 3 und § 2 Bundesbahngesetz 1992, BGBl. Nr. 825/1992 idF. BGBl. I Nr. 87/2002, obliegt nun der ÖBB die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur. Die sicherheitstechnische Nachrüstung eines Eisenbahntunnels dient zweifellos dieser gesetzlich übertragenen Aufgabe, sodass im gegenständlichen Fall von der Ausübung einer Sektorentätigkeit auszugehen ist (soweit bereits BVA vom 2. Oktober 2003, 16N- 74/03-21). Demgemäß hatte der Auftraggeber bei der Vergabe dem "verdünnten" Sektorenregime nach § 120 Abs. 1 BVergG Beachtung zu schenken. Nach Paragraph eins, Absatz 3 und Paragraph 2, Bundesbahngesetz 1992, Bundesgesetzblatt Nr. 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2002,, obliegt nun der ÖBB die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur. Die sicherheitstechnische Nachrüstung eines Eisenbahntunnels dient zweifellos dieser gesetzlich übertragenen Aufgabe, sodass im gegenständlichen Fall von der Ausübung einer Sektorentätigkeit auszugehen ist (soweit bereits BVA vom 2. Oktober 2003, 16N- 74/03-21). Demgemäß hatte der Auftraggeber bei der Vergabe dem "verdünnten" Sektorenregime nach Paragraph 120, Absatz eins, BVergG Beachtung zu schenken.

Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSv § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG zugrunde. Angesichts eines geschätzten Auftragswerts des Gesamtvorhabens von Euro 122 Millionen (exkl. USt.) und der gegenständlichen Bauvergabe von Euro 75 Millionen wird der von der EU-SektorenRL vorgegebene Betrag von Euro 5 Millionen bei weitem überschritten. Demnach ist die gegenständliche Vergabe dem so genannten Oberschwellenbereich zu zuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 1. Dezember 2004 ist die Öffnung der Angebote für den 21. Dezember 2004 vorgesehen, sodass eine Zuschlagserteilung bislang noch nicht erfolgt ist. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zugrunde. Angesichts eines geschätzten Auftragswerts des Gesamtvorhabens von Euro 122 Millionen (exkl. USt.) und der gegenständlichen Bauvergabe von Euro 75 Millionen wird der von der EU-SektorenRL vorgegebene Betrag von Euro 5 Millionen bei weitem überschritten. Demnach ist die gegenständliche Vergabe dem so genannten Oberschwellenbereich zu zuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 1. Dezember 2004 ist die Öffnung der Angebote für den 21. Dezember 2004 vorgesehen, sodass eine Zuschlagserteilung bislang noch nicht erfolgt ist.

Seitens des Auftraggebers wird darauf verwiesen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur zweiten Verfahrensstufe keinen Beschwerdepunkt enthalte. Demgemäß sei der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens noch nicht ausreichend bestimmt und könne über den einstweiligen Rechtsschutz bis zur Behebung dieses Mangels noch nicht entschieden werden. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass - in Anlehnung an die Spruchpraxis des VwGH zur Regelung des § 28 Abs. 1 Z 4 VwGG, die für den § 166 Abs 1 BVergG 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 BVA vom 11. Dezember 2003, 17N-115/03-30 mwN). Dieser Anforderung wird das Antragsschreiben vom 29. November 2004 jedenfalls gerecht. Aus der Darlegung des Interesses und der mehrmaligen Betonung eines Anspruchs auf Teilnahme

am Verfahren ist unmissverständlich zu schließen, dass sich die Antrag stellende Bietergemeinschaft ua. im Recht auf Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe bzw. der Legung eines Angebotes verletzt erachtet. Es konnte daher vorderhand auf eine Aufforderung zur Verbesserung des Anbringens nach § 13 Abs 3 AVG verzichtet und der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als zulässig angesehen werden. Seitens des Auftraggebers wird darauf verwiesen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur zweiten Verfahrensstufe keinen Beschwerdepunkt enthalte. Demgemäß sei der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens noch nicht ausreichend bestimmt und könne über den einstweiligen Rechtsschutz bis zur Behebung dieses Mangels noch nicht entschieden werden. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, 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 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 BVA vom 11. Dezember 2003, 17N-115/03-30 mwN). Dieser Anforderung wird das Antragsschreiben vom 29. November 2004 jedenfalls gerecht. Aus der Darlegung des Interesses und der mehrmaligen Betonung eines Anspruchs auf Teilnahme am Verfahren ist unmissverständlich zu schließen, dass sich die Antrag stellende Bietergemeinschaft ua. im Recht auf Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe bzw. der Legung eines Angebotes verletzt erachtet. Es konnte daher vorderhand auf eine Aufforderung zur Verbesserung des Anbringens nach Paragraph 13, Absatz 3, AVG verzichtet und der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als zulässig angesehen werden.

#### B. Inhaltliche 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.

Der Auftraggeber hat im gegenständlichen Fall entschieden, dass die Antrag stellende Bietergemeinschaft mangels entsprechenden Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit nicht zur Legung eines Angebotes eingeladen wird. Zum derzeitigen Ermittlungsstand kann keine Aussage getroffen werden, ob dieses Vorgehen im Einklang mit den vergaberechtlichen Vorschriften steht. Es erscheint jedoch denkmöglich, dass eine Nichtigerklärung vom Bundesvergabeamt auszusprechen sein wird. Der Antragstellerin droht der Entgang des Auftrages. Dies nicht nur auf Grund einer unmittelbaren Zuschlagserteilung an ein Konkurrenzunternehmen, sondern auch durch Nachteile bei der Erstellung eines chancenreichen Angebotes. Wenngleich es sich beim gegenständlichen Verfahren um ein Verhandlungsverfahren handelt, so legen die Durchführung einer kommissionellen Angebotsöffnung und die Vorsehung des niedrigsten Preises als einziges Zuschlagskriterium den Schluss nahe, dass der Ablauf des Vergabevorgangs einem (nicht) offenen Verfahren gleichkommt. Bei einer - in Folge einer Nichtigerklärung durch das

Bundesvergabeamt zu gewährenden - verspäteten Teilnahme am Verfahren kann der Zeitvorsprung der übrigen Bieter schwerlich ausgeglichen werden, zumal der Auftraggeber die besondere Eile an einer raschen Vergabe besonders betont. Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass nach Sicht des Bundesvergabeamtes ein relevanter Schaden auch dann besteht, wenn zwar letztlich ein Angebot gelegt wird und somit die Teilnahmemöglichkeit nicht verloren geht, aber auf Grund von Rechtswidrigkeiten weniger Zeit für die Angebotsvorbereitung zur Verfügung steht (siehe BVA 23. April 1998, F-26/97-22, wbl 1998/248 und Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im vergabespezifischen Rechtsschutz, RPA 2004, 223).

In der konkreten Konstellation kann somit für die Antragstellerin ein Schaden nur durch Untersagung der Angebotsöffnung abgewendet werden. Die Bezugnahme des Auftraggebers auf 12N-58/04-4, wonach ein Verbot der Angebotsöffnung in einem Verhandlungsverfahren nicht das gelindeste Mittel darstelle, da eine Teilnahme der Antragstellenden Bietergemeinschaft auch nachträglich erfolgen könne, geht hingegen ins Leere. Das Bundesvergabeamt hält in der besagten Entscheidung ausdrücklich fest, dass die Argumentation der Antragsteller auf die unzulässige Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung hinausläuft. "Falls die Antragsteller nämlich mit ihrem Hauptantrag Erfolg hätten, wäre die Konsequenz nicht die Einladung der Antragsteller zur Angebotsabgabe im gegenständlichen Vergabeverfahren, sondern die Notwendigkeit der Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens [...]. Um das von den Antragstellern verfolgte Ziel zu erreichen, hätte aber die bloße Untersagung der Zuschlagserteilung als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme ausgereicht" (soweit BVA vom 6. Juli 2004, 12N-58/04-4). Demgegenüber gilt es im gegenständlichen Fall die Möglichkeit einer chancenreichen Angebotslegung sicherzustellen.

Die Antragstellerin beziffert den ihr drohenden Schaden mit zumindest Euro 3,5 Millionen. Wenngleich die Höhe im Einzelnen nicht zwingend einsichtig erscheint, bestehen dem Grunde nach keine Zweifel am drohenden - angesichts des Auftragsvolumens - beträchtlichen Schaden. Von Seiten des Auftraggebers wird wiederum auf die besondere Dringlichkeit und das zwingende Gebot der Einhaltung des Terminplans verwiesen. Zudem wird die Interessensabwägung, die das Bundesvergabeamt bereits im Oktober 2001 im Zusammenhang mit der Planung der gegenständlichen Arbeiten angestellt hat, ins Treffen geführt. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass gemäß der ständigen jüngeren Rechtsprechung (siehe etwa BVA 15. September 2003, 14N-91/03-10, RPA 2003, 290 mit Anm. Heid) eine Verpflichtung besteht, bei der Erstellung des Projektzeitplanes die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen. Der VfGH hat weiters in seinem Beschluss vom 1. August 2002, B 1194/02, zum Ausdruck gebracht, dass zwar an einer möglichst raschen Vergabe ein öffentliches Interesse bestehen möge, dem aber bereits durch eine zeitgerechte - und etwaige Verzögerungen berücksichtigende - Ausschreibung Rechnung zu tragen sei. Die Antragstellerin beziffert den ihr drohenden Schaden mit zumindest Euro 3,5 Millionen. Wenngleich die Höhe im Einzelnen nicht zwingend einsichtig erscheint, bestehen dem Grunde nach keine Zweifel am drohenden - angesichts des Auftragsvolumens - beträchtlichen Schaden. Von Seiten des Auftraggebers wird wiederum auf die besondere Dringlichkeit und das zwingende Gebot der Einhaltung des Terminplans verwiesen. Zudem wird die Interessensabwägung, die das Bundesvergabeamt bereits im Oktober 2001 im Zusammenhang mit der Planung der gegenständlichen Arbeiten angestellt hat, ins Treffen geführt. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass gemäß der ständigen jüngeren Rechtsprechung (siehe etwa BVA 15. September 2003, 14N-91/03-10, RPA 2003, 290 mit Anmerkung Heid) eine Verpflichtung besteht, bei der Erstellung des Projektzeitplanes die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen. Der VfGH hat weiters in seinem Beschluss vom 1. August 2002, B 1194/02, zum Ausdruck gebracht, dass zwar an einer möglichst raschen Vergabe ein öffentliches Interesse bestehen möge, dem aber bereits durch eine zeitgerechte - und etwaige Verzögerungen berücksichtigende - Ausschreibung Rechnung zu tragen sei.

Es war daher die begehrte Untersagung der Angebotsöffnung zu erlassen. Im Lichte dieser Verfügung stellt sich die ebenfalls beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung als nicht mehr nötig dar. Die gänzliche Aussetzung des Vergabeverfahrens bildet wiederum keineswegs die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

#### **Schlagworte**

Angebotsöffnung, Untersagung, Sektorentätigkeit, Schienenverkehr, Infrastrukturmaßnahmen;

#### **Dokumentnummer**

VERGT\_20041203\_16N\_119\_04\_5\_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](http://www.jusline.at)