

TE Verg Bescheid 1999/6/8 N-18/99-13

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.06.1999

Norm

BVergG 1997 §11 Abs1 Z1

BVergG 1997 §14 Abs3

BVergG 1997 §29 Abs4

BVergG 1997 §53

BVergG 1997 §55 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs2

BVergG 1997 §115 Abs5 Z6

BVergG 1997 §117 Abs2

Erstreckungsverordnung 1995 BGBl 802/1995 §1 Abs1

B-VG Art104 Abs2

RL 93/36/EWG Lieferkoordinierungs-RL (ABl 1993 L 199 S 1) Art26 Abs2

1. B-VG Art. 104 heute
2. B-VG Art. 104 gültig ab 01.01.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
3. B-VG Art. 104 gültig von 01.01.1985 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 490/1984
4. B-VG Art. 104 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1984 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
5. B-VG Art. 104 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID

Spruch:

Der Senat 4 des Bundesvergabeamtes hat durch den Vizepräsidenten des OGH i.R. Dr. Edgar REISENLEITNER als Vorsitzenden und die Beisitzer Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes SCHENK als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz (BVergG) 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 betreffend das Vergabeverfahren "Bauarbeiten für das Baulos B 200 Bregenzerwald Straße Kilometer 0,0 - Kilometer 5,4 Neubau des Sondierstollens Dornbirn Nord - Schwarzbachtobel, des Bundes, vertreten durch den Landeshauptmann von Vorarlberg als Bundesstraßenverwaltung, wie folgt entschieden: Der Senat 4 des Bundesvergabeamtes hat durch den Vizepräsidenten des OGH i.R. Dr. Edgar REISENLEITNER als Vorsitzenden und die Beisitzer Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes SCHENK als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz (BVergG) 1997

Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, betreffend das Vergabeverfahren "Bauarbeiten für das Baulos B 200 Bregenzerwald Straße Kilometer 0,0 - Kilometer 5,4 Neubau des Sondierstollens Dornbirn Nord - Schwarzachtobel, des Bundes, vertreten durch den Landeshauptmann von Vorarlberg als Bundesstraßenverwaltung, wie folgt entschieden:

Dem Antrag der XXX Baugesellschaft mbH sowie der YYY Bauunternehmung GesmbH, beide vertreten durch ****, auf Nichtigklärung der Entscheidung des Auftraggebers, wie sie im Amtsvortrag vom 10. März 1999 zum Ausdruck kommt, nämlich die Lieferungen und Leistungen für das betreffende Bauvorhaben an die ARGE Sondierstollen Achraintunnel AAA GesmbH - BBB AG - CCC GmbH als Bestbieterin zu den Einheitspreisen und Bedingungen des Angebots vom 2. Dezember 1998 mit einer korrigierten Auftragssumme von ATS 77.010.370,18 zu übertragen, wobei die Sicherung und Versiegelung der Tunnelwandung in der von der ARGE angebotenen Alternative in Stahlfaserspritzbeton ausgeführt wird, wird gemäß § 113 Abs. 2 Z 2 iVm § 117 Abs. 1 iVm § 29 Abs. 4 Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) BGBl. I Nr. 56/1997 stattgegeben. Dem Antrag der römisch 30 Baugesellschaft mbH sowie der YYY Bauunternehmung GesmbH, beide vertreten durch ****, auf Nichtigklärung der Entscheidung des Auftraggebers, wie sie im Amtsvortrag vom 10. März 1999 zum Ausdruck kommt, nämlich die Lieferungen und Leistungen für das betreffende Bauvorhaben an die ARGE Sondierstollen Achraintunnel AAA GesmbH - BBB AG - CCC GmbH als Bestbieterin zu den Einheitspreisen und Bedingungen des Angebots vom 2. Dezember 1998 mit einer korrigierten Auftragssumme von ATS 77.010.370,18 zu übertragen, wobei die Sicherung und Versiegelung der Tunnelwandung in der von der ARGE angebotenen Alternative in Stahlfaserspritzbeton ausgeführt wird, wird gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 117, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 29, Absatz 4, Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, stattgegeben.

Begründung:

Die Antragsteller stellten mit Antrag vom 8. April 1999 Anträge auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und verbanden damit das im Spruch ersichtliche Begehren. Zur Begründung des Antrags auf Nichtigklärung des Vergabevorschlags führten sie im wesentlichen folgendes aus:

Bekämpft werde der im Amtsvortrag vom 10. März 1999 des Amtes der Vorarlberger Landesregierung enthaltene und überdies von der Vorarlberger Landesregierung am 16. März 1999 angenommene und beschlossene Vergabevorschlag, der ARGE Sondierstollen Achraintunnel AAA GmbH - BBB AG - CCC GmbH den Zuschlag zu erteilen. Diese Entscheidung sei zunächst in formeller Hinsicht rechtswidrig, da sie von einem unzuständigen Organ, nämlich der Vorarlberger Landesregierung, beschlossen worden sei. Dennoch liege eine Entscheidung des Auftraggebers im Sinne des § 115 Abs. 1 BVerG vor, da das Amt der Vorarlberger Landesregierung als Hilfsapparat dem zuständigen Landeshauptmann zuzurechnen sei. Die "Weisung" oder "Empfehlung" der Landesregierung an das zuständige Organ der mittelbaren Bundesverwaltung besitze allenfalls verfassungsrechtliche Relevanz, im Vergaberecht sei dies jedoch ohne Belang. Mit der angefochtenen Entscheidung verstoße der Auftraggeber überdies inhaltlich gegen die Empfehlungen vom 29. Jänner 1999 sowie vom 15. März 1999. Gemäß § 53 BVerG dürfe der Zuschlag nur anhand der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erteilt werden. Wäre es dem Auftraggeber nun auf einen größeren Fräskopfdurchmesser oder die Einsparungen bei den Folgekosten angekommen, so hätte er dies in den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend zum Ausdruck bringen müssen. Ein weiterer Vergabeverstoß des Auftraggebers sei darin zu sehen, daß sich dieser im Besitz einer Wahlmöglichkeit wähne, weil die Zuschlagskriterien ohne eine Aufzählung und Gewichtung genannt worden seien. Die Baukoordinierungsrichtlinie gebe jedoch eindeutig vor, daß bei mehreren Zuschlagskriterien eine Gewichtung in der Reihenfolge ihrer Nennung vorzunehmen sei. In rechtsstaatlicher Hinsicht sei dies dahingehend zu ergänzen, daß diese Gewichtung im Sinne des § 53 BVerG schon so klar zum Ausdruck kommen müsse, daß nicht in Geld unmittelbar meßbare Zuschlagskriterien letztlich in Zu- und Abschlägen beim Preis umgerechnet werden können. Da dies hier nicht geschehen sei, können die nachfolgenden Zuschlagskriterien nur dann zur Anwendung gelangen, wenn das erstgereichte Zuschlagskriterium (Preis) keine eindeutige Entscheidung ermögliche. Im gegenständlichen Fall sei daher die Berücksichtigung nachgereihter Zuschlagskriterien nicht statthaft. Selbst wenn man diesen strengen Standpunkt nicht teile, habe der Auftraggeber nicht dartun können, warum das Angebot der zweitbietenden ARGE als Bestanbot anzusehen sei. Bekämpft werde der im Amtsvortrag vom 10. März 1999 des Amtes der Vorarlberger Landesregierung enthaltene und überdies von der Vorarlberger Landesregierung am 16. März 1999 angenommene und beschlossene Vergabevorschlag, der ARGE Sondierstollen Achraintunnel AAA GmbH - BBB AG - CCC GmbH den Zuschlag zu erteilen. Diese Entscheidung sei

zunächst in formeller Hinsicht rechtswidrig, da sie von einem unzuständigen Organ, nämlich der Vorarlberger Landesregierung, beschlossen worden sei. Dennoch liege eine Entscheidung des Auftraggebers im Sinne des Paragraph 115, Absatz eins, BVergG vor, da das Amt der Vorarlberger Landesregierung als Hilfsapparat dem zuständigen Landeshauptmann zuzurechnen sei. Die "Weisung" oder "Empfehlung" der Landesregierung an das zuständige Organ der mittelbaren Bundesverwaltung besitze allenfalls verfassungsrechtliche Relevanz, im Vergaberecht sei dies jedoch ohne Belang. Mit der angefochtenen Entscheidung verstoße der Auftraggeber überdies inhaltlich gegen die Empfehlungen vom 29. Jänner 1999 sowie vom 15. März 1999. Gemäß Paragraph 53, BVergG dürfe der Zuschlag nur anhand der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erteilt werden. Wäre es dem Auftraggeber nun auf einen größeren Fräskopfdurchmesser oder die Einsparungen bei den Folgekosten angekommen, so hätte er dies in den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend zum Ausdruck bringen müssen. Ein weiterer Vergabeverstoß des Auftraggebers sei darin zu sehen, daß sich dieser im Besitz einer Wahlmöglichkeit wähne, weil die Zuschlagskriterien ohne eine Aufzählung und Gewichtung genannt worden seien. Die Baukoordinierungsrichtlinie gebe jedoch eindeutig vor, daß bei mehreren Zuschlagskriterien eine Gewichtung in der Reihenfolge ihrer Nennung vorzunehmen sei. In rechtsstaatlicher Hinsicht sei dies dahingehend zu ergänzen, daß diese Gewichtung im Sinne des Paragraph 53, BVergG schon so klar zum Ausdruck kommen müsse, daß nicht in Geld unmittelbar meßbare Zuschlagskriterien letztlich in Zu- und Abschlägen beim Preis umgerechnet werden können. Da dies hier nicht geschehen sei, können die nachfolgenden Zuschlagskriterien nur dann zur Anwendung gelangen, wenn das erstgereichte Zuschlagskriterium (Preis) keine eindeutige Entscheidung ermögliche. Im gegenständlichen Fall sei daher die Berücksichtigung nachgereihter Zuschlagskriterien nicht statthaft. Selbst wenn man diesen strengen Standpunkt nicht teile, habe der Auftraggeber nicht dartun können, warum das Angebot der zweitbietenden ARGE als Bestanbot anzusehen sei.

Festzuhalten sei des weiteren, daß das Alternativangebot der ARGE Sondierstollen Achraintunnel ausgeschieden werden müsse. Aufgrund der Ausschreibung sei klar gewesen, daß nur Tunnelbohrmaschinen mit einem Fräskopfdurchmesser von 3,25 m angeboten werden dürfen. Lediglich für Alternativangebote wurde diese Grenze aufgehoben. Das Hauptoffert des Mitbieters sei daher aufgrund des zu großen Durchmessers wegen eines Widerspruchs gegen die Ausschreibungsbedingungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG auszuscheiden. Dies habe zugleich die Auswirkung, daß auch das Alternativangebot auszuscheiden sei, weil Alternativangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot abgegeben werden durften. Überdies sei es völlig unzulässig wenn der Auftraggeber nachträglich Berechnungen vornehme und somit die Auftragssumme korrigiere, sodaß der Zuschlag einem vom Auftraggeber selbst konstruierten Angebot erteilt werden solle. Festzuhalten sei des weiteren, daß das Alternativangebot der ARGE Sondierstollen Achraintunnel ausgeschieden werden müsse. Aufgrund der Ausschreibung sei klar gewesen, daß nur Tunnelbohrmaschinen mit einem Fräskopfdurchmesser von 3,25 m angeboten werden dürfen. Lediglich für Alternativangebote wurde diese Grenze aufgehoben. Das Hauptoffert des Mitbieters sei daher aufgrund des zu großen Durchmessers wegen eines Widerspruchs gegen die Ausschreibungsbedingungen gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auszuscheiden. Dies habe zugleich die Auswirkung, daß auch das Alternativangebot auszuscheiden sei, weil Alternativangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot abgegeben werden durften. Überdies sei es völlig unzulässig wenn der Auftraggeber nachträglich Berechnungen vornehme und somit die Auftragssumme korrigiere, sodaß der Zuschlag einem vom Auftraggeber selbst konstruierten Angebot erteilt werden solle.

Seitens des Auftraggebers wird auf das bisherige Vorbringen in den Schlichtungsverfahren S-5/99 und S-33/99 sowie im Nachprüfungsverfahren N-4/99 verwiesen. Aufgrund der Durchführungsbestimmungen zum Bauprogramm der Bundesstraßenverwaltung sei der Landeshauptmann ermächtigt, ohne besondere Zustimmung des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten Bauaufträge zu vergeben, die in einem genehmigten Bauprogramm enthalten sind. Die Abteilung Straßenbau Feldkirch habe nun einen Vergabevorschlag unterbreitet. Es sei empfohlen worden, die an zweiter Stelle liegende ARGE Sondierstollen Achraintunnel mit den Bauarbeiten zu beauftragen, da ihr Angebot als das technisch und wirtschaftlich günstigste gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien hervorgegangen sei. Die Ausschreibungsunterlagen seien dahin zu verstehen, daß der Sondierstollen auch mit einem größerem Durchmesser als mit 3,25 m hätte angeboten werden können. Das würde nicht nur dem buchstäblichen Sinn der Ausschreibung entsprechen sondern auch der zur erkennenden Absicht des Ausschreibenden. Der Projektant habe den Durchmesser mit 3,25 m deshalb gewählt, damit für den späteren Umbau zur Nutzung als Fluchtstollen der vorgeschriebene Mindestlichtraum eingehalten werden könne. Sowohl dem

Projektanten als auch der ausschreibenden Stelle sei bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen klar gewesen, daß die Kosten eines Vortriebs mit einer Tunnelbohrmaschine sehr wesentlich von den Maschinenkosten beeinflusst werden. Da die Anschaffung einer eigenen Tunnelbohrmaschine im gegenständlichen Fall allerdings nicht rentabel sei, habe man bewußt einen Durchmesser von 3,25 m als unteren Mindestwert vorgegeben, um den Bietern die Möglichkeit einzuräumen, auch die Arbeitsausführung mit Tunnelbohrmaschinen größeren Durchmessers anzubieten.

Zum Alternativangebot sei zu sagen, daß Punkt 6.6 der allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibung vorsehe, daß Alternativangebote neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig seien. Die Zweitbieterin habe als Alternative zum Spritzbeton in den ausgeschriebenen Dicken einen Faserspritzbeton angeboten. Der Geologe habe in seiner Stellungnahme zum Faserspritzbeton hierauf erklärt, daß die Gesamtstärke der Spritzbetonversiegelung in erheblichen Tunnelabschnitten von 5 cm auf 3 cm reduziert werden könne. Die Reduzierung ergebe sich dadurch, daß auf die Stahldeckung nicht Rücksicht genommen werden müsse. Letztlich sei noch auf Punkt 6.4 der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, wo die Kriterien für die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes angeführt seien. Es werde ausdrücklich festgestellt, daß die Reihenfolge keine Gewichtung sondern eine Auflistung der Kriterien darstelle. In § 53 BVergG sei das Bestbieterprinzip festgeschrieben. Dies lasse dem Auftraggeber im Vergleich zum Billigstbieterprinzip mehr Wahlmöglichkeiten offen. Die Auswahl des Bieters, der alle konkret erforderlichen Kriterien am besten erfüllt, sei letztlich das Resultat der alleinigen Wertung durch den Auftraggeber. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, der beiden Schlichtungsverfahren S-5/99 und S-33/99, des Nachprüfungsverfahrens N-4/99, der schriftlichen Stellungnahmen der Antragsteller und des Auftraggebers sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 23. April 1999 wurde folgender Sachverhalt festgestellt: Zum Alternativangebot sei zu sagen, daß Punkt 6.6 der allgemeinen Bestimmungen der Ausschreibung vorsehe, daß Alternativangebote neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig seien. Die Zweitbieterin habe als Alternative zum Spritzbeton in den ausgeschriebenen Dicken einen Faserspritzbeton angeboten. Der Geologe habe in seiner Stellungnahme zum Faserspritzbeton hierauf erklärt, daß die Gesamtstärke der Spritzbetonversiegelung in erheblichen Tunnelabschnitten von 5 cm auf 3 cm reduziert werden könne. Die Reduzierung ergebe sich dadurch, daß auf die Stahldeckung nicht Rücksicht genommen werden müsse. Letztlich sei noch auf Punkt 6.4 der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen, wo die Kriterien für die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes angeführt seien. Es werde ausdrücklich festgestellt, daß die Reihenfolge keine Gewichtung sondern eine Auflistung der Kriterien darstelle. In Paragraph 53, BVergG sei das Bestbieterprinzip festgeschrieben. Dies lasse dem Auftraggeber im Vergleich zum Billigstbieterprinzip mehr Wahlmöglichkeiten offen. Die Auswahl des Bieters, der alle konkret erforderlichen Kriterien am besten erfüllt, sei letztlich das Resultat der alleinigen Wertung durch den Auftraggeber. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, der beiden Schlichtungsverfahren S-5/99 und S-33/99, des Nachprüfungsverfahrens N-4/99, der schriftlichen Stellungnahmen der Antragsteller und des Auftraggebers sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung vom 23. April 1999 wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

Das Amt der Vorarlberger Landesregierung hat für den Landeshauptmann von Vorarlberg als Bundesstraßenverwaltung im Oktober 1998 die Errichtung eines Sondierstollens zwischen Dornbirn-Nord und Schwarzachtobel mit einer Länge von 3.165 m ausgeschrieben. Unter Punkt 6.4 der Angebotsunterlagen wurden als Kriterien für die Bewertung der Angebote der Preis, die Umweltgerechtigkeit der Leistung, die Qualität, die Arbeitskräftekapazität, die Flexibilität bei kurzfristigen Zwischenterminen sowie die Zweckmäßigkeit angeführt (siehe Beilage zu OZ 5 des Schlichtungsaktes S-5/99). Eine Reihung und Gewichtung der Kriterien kann den Angebotsunterlagen nicht entnommen werden (soweit Stellungnahme des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, OZ 7 zu N-4/99, und Verhandlungsprotokoll vom 23. April 1999, OZ 11). In Punkt 9.206.6 der Angebotsunterlagen ist ausdrücklich festgehalten, daß der Minstdurchmesser des Fräskopfes 3,25 m betragen muß. In einem Schreiben des Amtes der Vorarlberger Landesregierung vom 23. November 1998 wurde den Bietern mitgeteilt, daß der Sondierstollen mit einem größeren Durchmesser als 3,25 m angeboten werden kann, die theoretischen Massen jedoch entsprechend dem Ausschreibungsentwurf mit einem Durchmesser von 3,25 m abgerechnet und vergütet werden. In Punkt 7 des Erläuterungsberichts wird die Zulässigkeit von Alternativangeboten neben einem Hauptangebot festgehalten (siehe Beilage zu OZ 5 des Schlichtungsaktes S-5/99). Zum Zeitpunkt der Ausschreibungsöffnung am 2. Dezember 1998 lagen dem Auftraggeber unter anderem Angebote der Antragsteller sowie der ARGE Sondierstollen Achraintunnel AAA GesmbH - BBB AG - CCC GmbH vor. Das Alternativangebot der ARGE Sondierstollen Achraintunnel belief sich auf ATS 78.714.370,18, das Hauptangebot der Antragsteller wies einen Preis von ATS 77.941.892,69 auf. Im

Zuge der Angebotsprüfung wurde vom Amt der Vorarlberger Landesregierung zunächst ein Vergabevorschlag erstellt, den Zuschlag der ARGE Sondierstollen Achraintunnel zu erteilen (Amtsvortrag vom 18. Jänner 1999, Beilage zu OZ 5 des Schlichtungsaktes S-5/99).

Am 18. Jänner 1999 richteten die Antragsteller erstmals ein Ersuchen an die Bundes-Vergabekontrollkommission, auf eine gütliche Einigung hinsichtlich der Bewertung der Angebote anhand der ausgeschriebenen Kriterien hinzuwirken und gegebenenfalls eine diesbezügliche Empfehlung abzugeben (OZ 1 zu S-5/99). Am 29. Jänner 1999 erging eine Empfehlung, wonach der Auftraggeber eine nochmalige Bewertung der gelegten Angebote ausschließlich anhand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Zuschlagskriterien und unter Beachtung ihrer durch die Reihenfolge ihrer Nennung zum Ausdruck kommenden Gewichtung vornehmen möge (OZ 9 zu S-5/99). Mit Schreiben vom 26. Februar 1999 bzw. vom 1. März 1999 stimmten hierauf sowohl die Arbeitsgemeinschaft Sondierstollen Achraintunnel als auch die Antragsteller einer Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 2. Juni 1999 zu (siehe Stellungnahme des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, OZ 3).

In Folge eines neuerlichen Amtsvortrags des Amtes der Vorarlberger Landesregierung vom 10. März 1999 (OZ 4) sowie eines Beschlusses der Vorarlberger Landesregierung vom 16. März 1999, in dem eine Zuschlagserteilung an die ARGE Sondierstollen Achraintunnel AAA GesmbH - BBB AG - CCC GmbH befürwortet wird, richteten die Antragsteller am 16. März 1999 ein neuerliches Schlichtungsersuchen an die Bundes-Vergabekontrollkommission (siehe Bericht, OZ 8 zu S-33/99). In der Empfehlung vom 25. März 1999 wurde sodann auf die Empfehlung vom 29. Jänner 1999 verwiesen (OZ 10 zu S-33/99). Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 12. April 1999 wurde einem Antrag der Antragsteller vom 10. März 1999 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Dem Bund, vertreten durch den Landeshauptmann von Vorarlberg als Bundesstraßenverwaltung, wurde bis längstens 8. Juni 1999 die Erteilung des Zuschlags im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagt (OZ 6).

Der vorliegende Antrag auf Nichtigerklärung des Vergabevorschlags ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

1. 1.Ziffer eins

Zur Zuständigkeit:

Dem gegenständlichen Vergabeverfahren liegen Bauausführungen im Sinne des § 2 Abs. 1 in Verbindung mit Position 502.3 des Anhanges I BVergG zugrunde. Der aufgrund von Art. 104 Abs. 2 B-VG durch den Landeshauptmann als Bundesstraßenverwaltung (vgl. Verordnung des Bundesministers für Handel und Wiederaufbau vom 27. Mai 1963, mit der die Besorgung der Geschäfte der Bundesstraßenverwaltung dem Landeshauptmann übertragen werden, BGBl. 1963/131) zu vergebende Auftrag über die Errichtung des Sondierstollens ergeht im Rahmen der Ressortzuständigkeit des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten und unterliegt demnach der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, BGBl. 802/1995. Im Hinblick auf einen Auftragswert von ATS 64,951 Millionen (vgl. Stellungnahme des Auftraggebers, OZ 7 zu N-4/99) ist der gemäß § 2 Abs. 1 lit. a leg.cit. maßgebliche Schwellenwert von ECU 1 Million jedenfalls überschritten, sodaß die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gegeben ist (zur Anwendbarkeit der Erstreckungsverordnung vgl. die diesbezüglichen Ausführungen im Bescheid vom 15. Februar 1999 zu N-4/99-10). Dem gegenständlichen Vergabeverfahren liegen Bauausführungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz eins, in Verbindung mit Position 502.3 des Anhanges römisch eins BVergG zugrunde. Der aufgrund von Artikel 104, Absatz 2, B-VG durch den Landeshauptmann als Bundesstraßenverwaltung vergleichende Verordnung des Bundesministers für Handel und Wiederaufbau vom 27. Mai 1963, mit der die Besorgung der Geschäfte der Bundesstraßenverwaltung dem Landeshauptmann übertragen werden, BGBl. 1963/131) zu vergebende Auftrag über die Errichtung des Sondierstollens ergeht im Rahmen der Ressortzuständigkeit des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten und unterliegt demnach der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, Bundesgesetzblatt 802 aus 1995,. Im Hinblick auf einen Auftragswert von ATS 64,951 Millionen vergleichende Stellungnahme des Auftraggebers, OZ 7 zu N-4/99) ist der gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Litera a, leg.cit. maßgebliche Schwellenwert von ECU 1 Million jedenfalls überschritten, sodaß die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gegeben ist (zur Anwendbarkeit der Erstreckungsverordnung vergleiche die diesbezüglichen Ausführungen im Bescheid vom 15. Februar 1999 zu N-4/99-10).

1. 2.Ziffer 2

Zur Zulässigkeit des Antrags:

Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluß eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluß eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Im gegenständlichen Fall liegt nun in Form des Amtsvortrags vom 10. März 1999 ein Vergabevorschlag des Amtes der Vorarlberger Landesregierung vor, in dessen Folge - die im Hinblick auf die Bundesstraßenverwaltung - unzuständige Landesregierung von Vorarlberg am 16. März 1999 einen Beschluß gefaßt hat, wonach der Zuschlag der ARGE Sondierstollen Achraintunnel zu erteilen sei. Das Amt Landesregierung führt nun unter der Leitung der Landesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder die Landesverwaltung und unter der Leitung des Landeshauptmanns die Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung (siehe Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht 8. Aufl. Rz 826). Aufgrund der Erhebungen der Behörde und der Aussagen der Vertreter des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, Abteilung Straßenbau, in der mündlichen Verhandlung vom 23. April 1999 (OZ 11) ist zweifelsfrei davon auszugehen, daß es sich beim bekämpften Amtsvortrag des Amtes der Vorarlberger Landesregierung um einen dem Landeshauptmann von Vorarlberg zuzurechnenden Vergabevorschlag handelt. Es ist daher die Voraussetzung des § 115 Abs. 1 BVergG für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens als erfüllt anzusehen. Im gegenständlichen Fall liegt nun in Form des Amtsvortrags vom 10. März 1999 ein Vergabevorschlag des Amtes der Vorarlberger Landesregierung vor, in dessen Folge - die im Hinblick auf die Bundesstraßenverwaltung - unzuständige Landesregierung von Vorarlberg am 16. März 1999 einen Beschluß gefaßt hat, wonach der Zuschlag der ARGE Sondierstollen Achraintunnel zu erteilen sei. Das Amt Landesregierung führt nun unter der Leitung der Landesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder die Landesverwaltung und unter der Leitung des Landeshauptmanns die Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung (siehe Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht 8. Aufl. Rz 826). Aufgrund der Erhebungen der Behörde und der Aussagen der Vertreter des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, Abteilung Straßenbau, in der mündlichen Verhandlung vom 23. April 1999 (OZ 11) ist zweifelsfrei davon auszugehen, daß es sich beim bekämpften Amtsvortrag des Amtes der Vorarlberger Landesregierung um einen dem Landeshauptmann von Vorarlberg zuzurechnenden Vergabevorschlag handelt. Es ist daher die Voraussetzung des Paragraph 115, Absatz eins, BVergG für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens als erfüllt anzusehen.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrags:

Gemäß § 117 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die in derselben Sache ergangenen Empfehlung des Schlichtungssenates mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie (1) im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und (2) für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß ist. Gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die in derselben Sache ergangenen Empfehlung des Schlichtungssenates mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie (1) im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und (2) für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß ist.

§ 53 BVergG sieht vor, daß der Zuschlag stets dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen ist. Gemäß § 29 Abs. 4 BVergG hat der öffentliche Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung die als erforderlich erachteten Nachweise sowie alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Hinsichtlich der Notwendigkeit einer Reihung der Zuschlagskriterien ist den diesbezüglichen Materialien zu entnehmen, daß die Wortfolge "soweit wie möglich, in Art. 26 Abs. 2 der RL 93/36/EWG als "grundsätzlich" zu verstehen ist. Dies führt dazu, daß in der Regel eine Reihung bzw. Gewichtung der Zuschlagskriterien vorzunehmen ist. Von diesem Grundsatz kann der öffentliche Auftraggeber nur in jenen Ausnahmefällen absehen, wo eine Reihung nicht möglich ist (siehe ErläutRV 323 BlgNR 20. GP, 87). Die Beweislast für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung

obliegt wiederum demjenigen, der sich auf sie berufen will (vgl. EuGH vom 2. August 1995, Kommission/Italien, Rs C-107/92 sowie vom 28. März 1996, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rs C-318/94). Im gegenständlichen Fall hat der Auftraggeber unter Punkt 6.4 der Angebotsbestimmungen mehrere Zuschlagskriterien festgelegt, er hat es jedoch laut eigener Aussage bewußt unterlassen (siehe etwa Stellungnahme vom 11. Februar 1999, OZ 4 zu N-4/99), eine Reihung oder Gewichtung dieser Kriterien vorzunehmen. Entgegen den Empfehlungen der Bundesvergabekontrollkommission vom 29. Jänner 1999 sowie vom 25. März 1999 kann der bloßen Ersichtlichmachung von Zuschlagskriterien durch Ankreuzen der entsprechenden Rubriken im Bekanntmachungsformular per se keine Reihung nach ihrer Bedeutung entnommen werden. Des weiteren finde sich keine rechtliche Grundlage für die Ausführungen der Antragsteller, wonach hier mangels Gewichtung die nachfolgenden Zuschlagskriterien nur dann zur Anwendung gelangen dürfen, wenn das erstgereichte Kriterium Preis keine eindeutige Entscheidung ermögliche. Der Auftraggeber hätte jedenfalls eine Reihung bzw. Gewichtung der Zuschlagskriterien vornehmen müssen, um unter Wahrung des in § 16 Abs. 1 BVergG festgeschriebenen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter eine objektiven Maßstäben unterliegende Ermittlung des Bestbieters Paragraph 53, BVergG sieht vor, daß der Zuschlag stets dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen ist. Gemäß Paragraph 29, Absatz 4, BVergG hat der öffentliche Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung die als erforderlich erachteten Nachweise sowie alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Hinsichtlich der Notwendigkeit einer Reihung der Zuschlagskriterien ist den diesbezüglichen Materialien zu entnehmen, daß die Wortfolge "soweit wie möglich, in Artikel 26, Absatz 2, der RL 93/36/EWG als "grundsätzlich" zu verstehen ist. Dies führt dazu, daß in der Regel eine Reihung bzw. Gewichtung der Zuschlagskriterien vorzunehmen ist. Von diesem Grundsatz kann der öffentliche Auftraggeber nur in jenen Ausnahmefällen absehen, wo eine Reihung nicht möglich ist (siehe ErläutRV 323 BlgNR 20. GP, 87). Die Beweislast für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung obliegt wiederum demjenigen, der sich auf sie berufen will vergleiche EuGH vom 2. August 1995, Kommission/Italien, Rs C-107/92 sowie vom 28. März 1996, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Rs C-318/94). Im gegenständlichen Fall hat der Auftraggeber unter Punkt 6.4 der Angebotsbestimmungen mehrere Zuschlagskriterien festgelegt, er hat es jedoch laut eigener Aussage bewußt unterlassen (siehe etwa Stellungnahme vom 11. Februar 1999, OZ 4 zu N-4/99), eine Reihung oder Gewichtung dieser Kriterien vorzunehmen. Entgegen den Empfehlungen der Bundesvergabekontrollkommission vom 29. Jänner 1999 sowie vom 25. März 1999 kann der bloßen Ersichtlichmachung von Zuschlagskriterien durch Ankreuzen der entsprechenden Rubriken im Bekanntmachungsformular per se keine Reihung nach ihrer Bedeutung entnommen werden. Des weiteren finde sich keine rechtliche Grundlage für die Ausführungen der Antragsteller, wonach hier mangels Gewichtung die nachfolgenden Zuschlagskriterien nur dann zur Anwendung gelangen dürfen, wenn das erstgereichte Kriterium Preis keine eindeutige Entscheidung ermögliche. Der Auftraggeber hätte jedenfalls eine Reihung bzw. Gewichtung der Zuschlagskriterien vornehmen müssen, um unter Wahrung des in Paragraph 16, Absatz eins, BVergG festgeschriebenen Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter eine objektiven Maßstäben unterliegende Ermittlung des Bestbieters

durchführen zu können. Gründe, die ein Absehen von der Reihung bzw. der Gewichtung rechtfertigen würden, sind in diesem Fall für den Senat nicht ersichtlich und wurden seitens des Auftraggebers auch keine vorgebracht. Das sachlich nicht gerechtfertigte Unterlassen der Reihung oder Gewichtung von Zuschlagskriterien und die daraus resultierende Unmöglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren Bestbieterermittlung stellen vielmehr einen zwingenden Grund dar, der gemäß § 55 Abs. 1 BVergG zum Widerruf der Ausschreibung zu führen hat. Aufgrund des der Prüfungstätigkeit des Bundesvergabeamtes innewohnenden Antragsgrundsatzes (§ 115 Abs. 1 iVm Abs. 5 Z 1 und 6 BVergG) und im Hinblick auf das Begehren der Antragsteller ist es dem Senat allerdings nicht möglich, die dem Vergabeverfahren zugrundeliegende Ausschreibung zu widerrufen. Durch das ungerechtfertigte Absehen von einer Reihung durchführen zu können. Gründe, die ein Absehen von der Reihung bzw. der Gewichtung rechtfertigen würden, sind in diesem Fall für den Senat nicht ersichtlich und wurden seitens des Auftraggebers auch keine vorgebracht. Das sachlich nicht gerechtfertigte Unterlassen der Reihung oder Gewichtung von Zuschlagskriterien und die daraus resultierende Unmöglichkeit einer objektiv nachvollziehbaren Bestbieterermittlung stellen vielmehr einen zwingenden Grund dar, der gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG zum Widerruf der Ausschreibung zu führen hat. Aufgrund des der Prüfungstätigkeit des Bundesvergabeamtes innewohnenden Antragsgrundsatzes (Paragraph 115, Absatz eins, in

Verbindung mit Absatz 5, Ziffer eins und 6 BVergG) und im Hinblick auf das Begehren der Antragsteller ist es dem Senat allerdings nicht möglich, die dem Vergabeverfahren zugrundeliegende Ausschreibung zu widerrufen. Durch das ungerechtfertigte Absehen von einer Reihung

und die damit verbundene Unmöglichkeit, im gegenständlichen Fall gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien nachvollziehbar das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, befindet sich der Vergabevorschlag des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, den Zuschlag der ARGE Achraintunnel zu erteilen, im Widerspruch zu § 29 Abs. 4 und § 53 BVergG sowie zum in § 16 Abs. 1 BVergG festgelegten Grundsatz der Bietergleichbehandlung. Da zudem der betreffende Vergabevorschlag - wie den Aussagen der Vertreter des Amtes der Vorarlberger Landesregierung in der mündlichen Verhandlung vom 23. April 1999 zu entnehmen war - dem zuständigen Landeshauptmann zuzurechnen ist und der Beschluß der Vorarlberger Landesregierung vom 16. März 1999 lediglich einem möglichst breiten politischen Konsens diene, ist auch der wesentliche Einfluß der angefochtenen Entscheidung auf das Vergabeverfahren im Sinne des § 117 Abs. 1 Z 2 BVergG als gegeben anzusehen, zumal davon auszugehen ist, daß der Landeshauptmann angesichts des zustimmenden Beschlusses der Landesregierung eines eigenen Vergabevorschlag entsprechende Zuschlagserteilung vornehmen und die damit verbundene Unmöglichkeit, im gegenständlichen Fall gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien nachvollziehbar das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, befindet sich der Vergabevorschlag des Amtes der Vorarlberger Landesregierung, den Zuschlag der ARGE Achraintunnel zu erteilen, im Widerspruch zu Paragraph 29, Absatz 4 und Paragraph 53, BVergG sowie zum in Paragraph 16, Absatz eins, BVergG festgelegten Grundsatz der Bietergleichbehandlung. Da zudem der betreffende Vergabevorschlag - wie den Aussagen der Vertreter des Amtes der Vorarlberger Landesregierung in der mündlichen Verhandlung vom 23. April 1999 zu entnehmen war - dem zuständigen Landeshauptmann zuzurechnen ist und der Beschluß der Vorarlberger Landesregierung vom 16. März 1999 lediglich einem möglichst breiten politischen Konsens diene, ist auch der wesentliche Einfluß der angefochtenen Entscheidung auf das Vergabeverfahren im Sinne des Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG als gegeben anzusehen, zumal davon auszugehen ist, daß der Landeshauptmann angesichts des zustimmenden Beschlusses der Landesregierung eines eigenen Vergabevorschlag entsprechende Zuschlagserteilung vornehmen

wird. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Veröffentlichungen

bbl 1999/242 = Connex 1999/9, 55

Schlagworte

Erweiterung des Rechtsschutzbereiches, Erstreckungsverordnung des BMWA, Beachtung auch im Rahmen der Auftragsverwaltung; Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Entscheidung des Auftraggebers, Vergabevorschlag, Umdeutung der Urheberschaft weil Landesregierung im Hinblick auf die betroffene Materie unzuständig; Bestbieterprinzip, Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und ihres Verhältnisses zueinander, Reihenfolge, Ausnahmemöglichkeit, Beweislast; Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist, zwingender Grund, Grundsätze des Vergabeverfahrens, Verletzung, rechtswidrige Zuschlagskriterien; Bestbieterprinzip, Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und ihres Verhältnisses zueinander, Reihenfolge; Bestbieterprinzip, Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und ihres Verhältnisses zueinander, Reihenfolge; Nachprüfungsverfahren, Verfahrensgegenstand, Amtswegigkeitsgrundsatz; Bindung des BVA an inkriminierte Auftraggeberentscheidung; Bestbieterprinzip, Verstoß gegen, Rechtsfolge Nichtigkeit des Vergabevorschlages;

Dokumentnummer

VERGT_19990608_N_18_99_13_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>