



GZ: N/0090-BVA/02/2011-EV14

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl I Nr 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Renaturierung der Lutz BA 01 von km 0,00 bis km 1,60; Projekt Nr. 2007.005" des Auftraggebers Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch, Hauptstraße 20, 6712 Thüringen, vertreten durch breuß mähr bauingenieure gmbh, Dorf 17, 6842 Koblach, beide vertreten durch X***, 1010 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 13. September 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber, Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Renaturierung der Lutz BA 01 von km 0,00 bis km 1,60; Projekt Nr. 2007.005" **untersagt, den Zuschlag zu erteilen**.

B e g r ü n d u n g

Mit Telefax der vergebenden Stelle vom 7.9.2011 wurde der A***, nunmehr vertreten durch Y***, (idF **Antragstellerin**), Folgendes mitgeteilt:

"... teilen wir Ihnen im Auftrag des A*** mit, dass die gegenständliche Zuschlagserteilung, vorbehaltlich des Beschlusses des A***, zu Gunsten der best- und billigstbietenden B*** zum Angebotspreis von € 1.529.845,63 (inkl. 20 % Mwst.), beabsichtigt ist.

Ausschlaggebend für die Nichtberücksichtigung Ihres Offertes war der angebotene Gesamtpreis. (...)"

Mit Schriftsatz vom 13.9.2011 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Mit zeitgleich eingebrachten Nachprüfungsantrag wurde die Zuschlagsentscheidung bekämpft und begründend ausgeführt, die Antragstellerin fühle sich in ihrem Recht verletzt, den gegenständlichen Auftrag als Billigstbieter zu erhalten. Das Angebot der Antragstellerin als Billigstangebot hätte für die Zuschlagsentscheidung vorgesehen werden müssen. Sie habe somit ein Interesse daran, dass der Vertrag (Auftrag) mit ihr abgeschlossen werde.

Inhaltlich begründet die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag vom 13.9.2011 im Wesentlichen wie folgt:

Wenngleich der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen angeführt habe, dass das Vergabe-Rechtsschutzgesetz des Landes gelte und zuständige Vergabekontrollbehörde das "Land Vorarlberg - Abt. Wasserwirtschaft" sei, gehe die Antragstellerin davon aus, dass der Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch ein Wasserverband im Sinne der §§ 87 Wasserrechtsgesetz und somit Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG sei. Weiters werde das Vorhaben - nach ungesicherten Informationen - zu 60 % aus Bundesmitteln gefördert.

Am 26.8.2011 sei die Angebotsöffnung erfolgt. Daraus hätten sich nachstehende Angebotspreise ergeben:

- | | |
|--------------------|------------------------|
| 1. B*** | netto EUR 1.274.871,36 |
| 2. Antragstellerin | netto EUR 1.749.931,20 |

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, einem erst im Jahre 2008 gegründeten Unternehmen mit 20 Dienstnehmern, mangle es an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Aus den Umsatzzahlen der B*** der letzten drei Jahre ergebe sich, dass deren - für die Vergabe erforderliche - finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für das ausgeschriebene Projekt nicht gegeben sei. So führe *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar (2004), § 56 Rz 12, aus, dass Auftraggeber gut beraten wären, wenn sie eine in Relation zum Auftragsgegenstand adäquate Mindestumsatzgröße forderten.

Es genüge, wenn der Jahresumsatz des Unternehmens das 3 bis 5-fache des jährlichen Leistungswertes des Ausschreibungsprojektes betrage. Diese Orientierungshilfe sei bei der aktuellen Regelung zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im klassischen Bereich gemäß § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG zu beachten. Der Jahresumsatz im Jahr 2010 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die nicht nur im Tiefbau, sondern auch in sonstigen Sparten wie Immobilien, Hochbau und Alpinbau tätig sei, entspreche jedenfalls nicht dem dreifachen Leistungswertes des Ausschreibungsprojektes unter Zugrundelegung eines Angebotes mit einem angemessenen Einheitspreis. Dem gegenständlichen Auftragswert sei nur jener Umsatz gegenüber zu stellen, den die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der Sparte Tiefbau erwirtschaftete. Darüber hinaus werde die mangelnde Leistungsfähigkeit auch durch die Bilanzauszüge, die Kapitalausstattung und das Anlagevermögen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin untermauert. So stelle die Relation des Haftkapitals zum Auftragswert von weniger als 2,5% ein erhebliches Risiko für den Auftraggeber dar. Daraus folge, dass das nach den Bestimmungen des BVergG angestrebte Ziel der ordnungsgemäßen Erbringung der nachgefragten Leistung mit Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin gerade nicht zu erreichen sein werde.

Da die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gegeben sei, wäre ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der wesentliche Preisunterschied zwischen ihrem Angebot und jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Position 320302 E Liefern Kalkbruchsteine n. Wahl AN Kl. V-VI, begründet sei. Keine der sonstigen Positionen sei "ziffernmäßig in der Lage", einen derart hohen Unterschied im Preis der Gesamtangebote zu begründen. Beim von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Einheitspreis für das Liefern von Kalkbruchsteinen müsse ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung bestehen, da der angebotene Preis vom marktüblichen Preis grob abweiche. Die Ausschreibungsunterlagen würden zwingend die Lieferung von Kalkbruchsteinen vorsehen. Der relevante Marktpreis für Kalkbruchsteine bei einer Gewinnungsstelle in Vorarlberg belaufe sich auf netto EUR 23,00 bis netto EUR 26,00 pro Tonne. Habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch noch eine Gewinnungsstelle außerhalb

von Vorarlberg gewählt, würde sich der Einheitspreis aufgrund der hohen Transportkosten deutlich erhöhen.

Der Auftraggeber wäre verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden, da der nicht plausible Teilpreis für das Liefern von Kalkbruchsteinen zur nicht plausiblen Zusammensetzung des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gesamtpreises führe und demnach eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Allein schon die unterlassene oder zumindest fehlerhafte Angebotsprüfung führe zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung.

Der angebotene Preis sei nur durch die beabsichtigte Lieferung anderer als in der Ausschreibung vorgegebener Steine erklärbar. Habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin anstelle von Kalkbruchsteinen etwa Granitsteine angeboten, so wäre das Angebot auch aus diesem Grund auszuschneiden, da es im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen des Auftraggebers stünde. Darüber hinaus habe der Auftraggeber weder Abänderungsangebote noch Alternativangebote zugelassen.

Sollte die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten, drohe ihr ein erheblicher finanzieller Verlust in Form des entgangenen Gewinns sowie des Deckungsbeitrages. Darüber hinaus seien ihr bereits Kosten für die Angebotserstellung entstanden.

Mit E-Mail vom 14.9.2011 übermittelte die vergebende Stelle dem Bundesvergabebeamten die Satzung des Auftraggebers samt Anerkennungsbescheid des Landeshauptmanns für Vorarlberg gemäß § 88 Abs. 1 lit a WRG vom 13.10.2009.

Mit Schriftsatz vom 16.9.2011 gab der **Auftraggeber**, nunmehr vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, allgemein zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe an, dass der geschätzte Auftragswert deutlich im Unterschwellenbereich liege. Es handle sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werde. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen.

Die nationale Bekanntmachung im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter L-493793-1725 sei am 29.7.2011 erfolgt, eine europaweite Bekanntmachung habe nicht

stattgefunden. Die Zuschlagsentscheidung sei am 7.9.2011 per Fax versandt worden und das Verfahren befinde sich im Stadium nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Es gäbe keine Ausscheidensentscheidungen, auch sei weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben oder ein Widerruf erfolgt, noch sei der Zuschlag erteilt worden.

Gegen die im vorliegenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrte vorläufige Maßnahme sprach sich der Auftraggeber ausdrücklich nicht aus.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Der Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch ist ein Wasserverband, der auf der Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 i.d.g.F gegründet wurde. Es handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Vereinszweck ist die Instandhaltung der bestehenden sowie die Errichtung, Erneuerung und Instandhaltung der erforderlichen zusätzlichen Schutz- und Regulierungsbauten im Verbandsgebiet einschließlich der Aufbringung der hierfür erforderlichen Mittel, soweit diese nicht vom Bund oder Land zur Verfügung gestellt werden. Aufsichtsbehörde ist der Landeshauptmann als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung. Es wird daher im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass der Lutzverband Ludesch-Thüringen-Bludesch öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG ist und somit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben ist.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG, der in einem offenen Verfahren an den Billigstbieter vergeben werden soll. Laut den Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Wert des Bauauftrages im Unterschwellenbereich.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-

BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit ist nicht auszugehen. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG sind erfüllt. Das Bundesvergabeamt ist demnach zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs.1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs.1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 4 leg.cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach

Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag der Nichtigkeitsklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der mit Telefax vom 7.9.2011 bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Der Auftraggeber hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, bekannt.

Es besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-

BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Wien, am 19. September 2011
Die Vorsitzende des Senates 2:
Mag. Viktoria Mugli-Maschek