jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2020/6/15 W134 2229093-3

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 15.06.2020

Entscheidungsdatum

15.06.2020

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §334
BVergG 2018 §340
BVergG 2018 §341
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W134 2229093-2/30E
W134 2229093-3/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Sandra Genner als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite betreffend das

Vergabeverfahren

„A01 West Autobahn, LWL Knoten Steinhäusl bis Ast Oed, Vollausbau CN.as Linie, km 30,00 bis km 80,00 und km 110,00 bis km 130,00; Elektrotechnische und Maschinelle Anlagen und Bauleistung“, der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, vertreten durch Feuchtmüller Stockert Moick Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Wiesingerstraße 3, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Servitengasse 4/20, 1090 Wien, vom 28.02.2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26.05.2020 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge „nach Durchführung des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagsentscheidung gemäß Schreiben vom 19.2.2020 für nichtig erklären“ wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Vergabeverfahren „A01 West Autobahn, LWL Knoten Steinhäusl bis Ast Oed, Vollausbau CN.as Linie, km 30,00 bis km 80,00 und km 110,00 bis km 130,00; Elektrotechnische und Maschinelle Anlagen und Bauleistung“, der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, vertreten durch Feuchtmüller Stockert Moick Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Wiesingerstraße 3, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX , vertreten durch Keschmann Rechtsanwalts-GmbH, Servitengasse 4/20, 1090 Wien, vom 28.02.2020 folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 28.02.2020 begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.02.2020, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei ein Bauauftrag betreffend die elektrotechnischen und maschinellen Anlagen (EM) und Bauleistungen für die sogenannte CN.as-Linie des Auftraggebers. Angefochtene Entscheidung sei die Zuschlagsentscheidung vom 19.02.2020 zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX und XXXX . Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an: Keines der Mitglieder der nunmehr für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft erfülle die Anforderungen an Referenzprojekte und zwar weder jeweils für sich genommen noch zusammen. Die XXXX verfüge über keine Baureferenzen im hochrangigen Straßennetz unter Verkehr. Die XXXX verfüge in den letzten zehn Jahren über kein vergleichbares Projekt betreffend EM- und Bauleistungen im hochrangigen Straßennetz mit einer Mindestlänge von 5 km.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 02.03.2020 gab diese bekannt, dass die Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 30.10.2019 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung sei am 19.02.2020 zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX und XXXX erfolgt.

Mit einstweiliger Verfügung des BVwG vom 04.03.2020, W134 2229093-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

Mit Schreiben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 05.03.2020 erhob diese begründete Einwendungen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 06.03.2020 erläuterte diese die beiden Referenzprojekte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und führte zusammengefasst dazu aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit diesen Referenzprojekten die in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen erfülle.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 13.03.2020 gab diese eine weitere Stellungnahme ab.

Am 26.05.2020 fand darüber im Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise:

„VR fragt die Antragstellerin: Sind Ihrer Meinung nach die genannten Referenzprojekte rechtmäßig akzeptiert worden und wenn nein, warum nicht?

XXXX Nein, sie sind nicht rechtmäßig akzeptiert worden. Zu dem Referenzprojekt der XXXX S6 Semmering Schnellstraße, Tunnelkette Bruck: Es handelt sich nicht um die Errichtung einer Infrastruktur bzw. einer Energieversorgungstrasse, sondern um ein Sanierungsprojekt. Die XXXX führte zwar EM-Leistungen, jedoch keine Bauleistungen durch. Zudem ist die Angabe der Auftraggeberin einer Projektlänge von über 7 km nicht nachvollziehbar, zumal der Leistungsteil der XXXX sich lediglich auf km 86 bis km 87 erstreckte und somit die geforderte Mindestlänge von 5 km nicht erreichte. Zudem wurden diese Leistungen auch nicht unter Verkehr erbracht. Die von der Auftraggeberin als „Wechselseitige Anhaltungen" bezeichnet Maßnahmen waren in Wahrheit Tunnelsperren, sodass es während der Leistungen gerade keinen Verkehr gegeben hat.

Zum Projekt A 11 Karawankentunnel, Tausch von Lüftern zeigt schon die Projektbeschreibung vom Auftraggeber selbst als „Klappen für Lüftung, Lüftungsklappen im Karawankentunnel", dass keine neue Infrastruktur bzw. Energieversorgungstrasse errichtet wurde, es handelte sich vielmehr um den punktuellen Tausch von bestehenden Tunnellüftungsanlagen und somit nicht um mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbare Leistungen. Zudem wurden diese Leistungen auch nicht unter Verkehr erbracht. Die von der Auftraggeberin als „Wechselseitige Anhaltungen" bezeichnete Maßnahmen waren in Wahrheit Tunnelsperren, sodass es während der Leistungen gerade keinen Verkehr gegeben hat. Zudem erreicht auch das Referenzprojekt A11 in Hinblick auf das Gewerk der mitbeteiligten Partei nicht die geforderte Mindestlänge von 5 km, weil zwar der Karawankentunnel 8 km aufweist, es sich aber, wie erwähnt, bloß um den punktuellen Austausch von Lüftern handelte, sodass sich die Arbeiten nicht auf die volle Tunnellänge, aber auch nicht auf 5km erstreckten. Es wurden keine vergleichbaren Bauleistungen von XXXX erbracht.

VR: Es werden allen Parteien und dem Senat die Seite 5 des VHP zur besseren Übersicht ausgedruckt übergeben.

XXXX Das Projekt S6 Tunnelkette Bruck war ein hochkomplexes Tunnelprojekt mit umfangreichen elektrotechnischen und maschinellen Ausrüstungen (EM). Vor allem auch Leistungen im Bereiche elektromaschineller Tätigkeiten, nicht nur Ausrüstung. Auftragsgegenstand waren mehrere bauliche Infrastrukturen. Wir können sehr weit in die Tiefe gehen. Es ist nicht richtig, dass XXXX keine Bauleistungen gemacht hat.

XXXX ad Errichtung einer Energieversorgungstrasse beim Projekt S6: Es handelt sich um die Errichtung einer Energieversorgungstrasse im Zuge des Tunnelsanierungsprojektes der Tunnelkette Bruck, weil bei einer solchen Generalsanierung die alten Anlagen- und Kabelteile der Energieversorgungstrasse (es handelt sich um eine Energieversorgungstrasse, weil die Tunnelanlagen und der Freifeldbereich mit elektrischer Energie versorgt wird) entfernt werden und völlig neue Energie- und Datenverbindungen hergestellt werden. Zusätzlich wurde noch eine Dateninfrastruktur in der Tunnelkette aufgebaut, welcher in das Asfinag-Datennetz integriert wurde.

ad keine Bauleistungen beim Projekt S6: Es handelt sich beim Referenzprojekt auch um von XXXX ausgeführte Bauleistungen, weil von XXXX die Montage der Wetterstation und Bodensensoren durchgeführt wurden. Wir legen dazu vor den Bautagesbericht der XXXX vom 13.04.2014(Beilage./1).

XXXX Zum Beweis dafür, dass es sich damals um Bauleistungen handelte, lege ich vor einen Auszug aus dem ggst. LV, der die einzelnen Arbeitsschritte einer ähnlichen Tätigkeit beschreibt im Kapitel Bauleistungen, nämlich in der Position 411112 (Beilage./2).

Der Antragstellerin wird die Beilage./1 unter Abdeckung des Kastens Eigenpersonal und Subfirmen gezeigt.

XXXX Aus der Beilage./1 ist ersichtlich, dass die XXXX in einer Arbeitsgemeinschaft mit der Firma XXXX den Auftrag ausgeführt hat. Bei dieser handelt es sich im Gegensatz zur Firma XXXX um ein Bauunternehmen, sodass ganz zwanglos angenommen werden kann, dass das Elektrotechnikunternehmen XXXX die elektrotechnischen Leistungen ausgeführt hat und das Bauunternehmen XXXX die Bauleistungen ausgeführt hat. Das führt zum Ergebnis, dass das Referenzprojekt nicht zählen kann, weil die Firma XXXX auch damals schon die Bauleistungen nicht ausführte, wie es ja auch beim ggst. Auftrag, wenn auch diesmal mit der Firma XXXX , beabsichtigt ist.

XXXX XXXX hat die genannten Bauleistungen für den EM-Teil durchgeführt.

XXXX Bei dem Referenzprojekt S6 hat XXXX zahlreiche Bauleistungen durchgeführt. Als Beweis dafür lege ich vor den Regiebericht vom 10.02.2016, der beweist, dass die XXXX folgende Leistungen erbracht hat: freigraben der Bestandsrohrtrasse im Bereich Talübergang. Die Muffen der KSR (Kabelschutzrohr) sind durch das Setzen des Erdreichs aufgegangen, was einen Kabelzug nicht möglich macht. Lokalisierung der defekten Stelle, Freilegung der offenen Muffen, Herstellen einer durchgängigen Rohrtrasse und Zuschütten der Rohrtrasse (Beilage./3).

Der Antragstellerin wird Einsicht in die Beilage./3 gewährt, mit Ausnahme des Feldes „eingesetzte Arbeitskräfte". XXXX stimmt dem zu.

XXXX War es Eigenpersonal oder war es Personal von einem Subunternehmen?

XXXX Es war Eigenpersonal.

XXXX Als weitere Beispiele von Bauleistungen, die XXXX beim Referenzprojekt S6 selbst durchgeführt hat, nenne ich, Verschluss von Revisionsschächten, Umverlegungen CN.as-Linie (corporate network asfinag) und Verkehrsumlegungen, jeweils nachweisbar mit Bautages- und Regieberichten und vergleichbaren Auszügen aus dem Leistungsverzeichnis, woraus sich ergibt, dass von der XXXX zahlreiche Bautätigkeiten durchgeführt wurden.

XXXX ad Mindestlänge von fünf km nicht erreicht, bei Projekt S6. Dies ist nicht richtig, Die S6 wurde auf einer Länge von km 76,7 bis km 86,8 saniert., und es wurden 32 km Infrastrukturkabel und 92 km Energiekabel verlegt. Sämtliche Leistungen wurden auf den gesamten angeführten Längen durchgeführt. Die S6 wurde auf einer Länge von km 76,7 bis km 86,8 saniert.

XXXX ad nicht unter Verkehr erbrachte Leistungen beim Projekt S6: Auch dies ist unrichtig. Sämtliche Arbeiten wurden unter Verkehr durchgeführt. Ich lege vor: den Verkehrsphasenplan des Projektes S6 woraus sich ergibt, dass das über Monate stattgefunden Bauprojekt der Tunnelsanierung selbstverständlich nicht unter monatelanger Sperre der S6 durchgeführt wurde, was nicht möglich wäre, sondern unter Umleitung des Verkehrs auf die jeweilige Tunnelröhre bzw. Fahrbahn, die nicht in Bearbeitung ist (Beilage. /4).

Die Beilage./4 wird der Antragstellerin zur Einsicht übergeben, die Auftraggeberin stimmt dem zu.

VR: Wir kommen nun zur Besprechung des Referenzprojektes A11.

XXXX ad keine Infrastruktur bzw. Energieversorgungstrasse beim Referenzprojekt A11: Die Lüftung ist der größte Energieverbraucher im Tunnel. Bei diesem Projekt wurde die gesamte Energieverteilung für die Lüftungsanlage errichtet. Bereits das ist die Errichtung einer Energieversorgungstrasse. Darüber hinaus wurden zahlreiche Infrastrukturanlagen und EM-Anlagen errichtet.

XXXX Von der Firma XXXX wurden dabei die Energieversorgungstrasse für die Lüftungsanlage, Frischluftklappen, Kanalabsperrklappen, gebaut. Der Karawankentunnel hat eine Länge von ca. 8 km. Es wurde eine Energieversorgungstrasse von über 7 km errichtet. Wobei 10 km Infrastrukturkabeln und 22 km Energiekabel verlegt wurden, um die Klappen und Lüftungen zu versorgen. Die Energieversorgungstrasse ist Teil der Tunnelinfrastruktur.

XXXX Durch XXXX selbst wurde unter anderem folgende Bauleistungen durchgeführt. Herstellen eines Deckenverschlusses im Ausmaß von 12 Quadratmetern inkl. Unterkonstruktion, Bohrungen im Zuluftkanal einschließlich Durchbrüchen im Mauerwerk aller Art und sämtliches wiederum nachweisbar durch Bautagesberichte und vergleichende Auszüge aus dem aktuellen Leistungsverzeichnis, wo genau diese angeführten Tätigkeiten als Bauleistungen angeführt sind. Obergruppe 2, Untergruppe 4135 des jetzigen LV. Vorgelegt werden: ein Regiebericht der XXXX vom Mai 2014 mit der Beschreibung der erbrachten Leistung: „Herstellen eines of. Deckenverschlusses nach hergestellter Öffnung an der Tunneldecke" etc. (Beilage./5).

Der Antragstellerin wird die Beilage./5 unter Abdeckung des Kastens „eingesetzte Arbeitskräfte“ gezeigt.

XXXX Vorgelegt wird weiters ein Auszug aus dem aktuellen LV OG2 Position 4135 (Beilage./6). Daraus ergibt sich, dass es sich bei den im Referenzprojekt von XXXX erbrachten Leistungen auch um Bauleistungen nach der Definition der aktuellen Ausschreibung handelt, weil sowohl im Referenzprojekt, als auch im ggst. Projekt die Arbeiten vergleichbar sind. Als weitere Beispiele für Bauleistungen von XXXX lege ich vor: Bautagesberichte aus denen sich ergibt, dass XXXX unter anderem auch zahlreiche Bohrungen in Zuluftkanälen vorgenommen hat (es handelt sich bei Zuluftkanälen in einem Tunnel um die an der Decke angebrachten Bohrungen und nachfolgenden Abluftschächte für die Tunnelluft). (Beilagen./7, ./8 und ./9).

Die Beilagen 7, 8 und 9 werden unter Abdeckung des Kastens „Arbeiter Tag“ der Antragstellerin gezeigt.

XXXX Wurden die Bohrungen am Zuluftkanal von XXXX selbst oder von Subunternehmen durchgeführt?

XXXX Von XXXX selbst und nicht von Subunternehmen.

XXXX Das ist richtig, es wurde die Bohrungen von XXXX selbst und nicht von Subunternehmen durchgeführt.

XXXX Mich würde interessieren, ob in dem abgedeckten Bereich der Beilagen./7-./9 die Namen von Arbeitern oder von Firmen stehen.

VR: Teilweise stehen hier die Namen von Firmen.

XXXX Hier stehen die Namen von Firmen, aber teilweise ohne Angabe von Stunden.

XXXX Die Auflistung der genannten Stunden, z.B. in der Beilage./8 beziehen sich auf andere Leistungen, als auf die Leistungen des Zuluftkanals.

XXXX Gab es beim Referenzprojekt A11, so wie beim Referenzprojekt S6, auch vorhin so genannte „grobe Bauleistungen“, die ein Bauunternehmen durchgeführt hat, so wie bei der S6 die XXXX ?

XXXX Beim gesamten Bauprojekt A11 gab es drei Baulose. Die Baulose, A, B und C. Das Baulos A hatte einen Leistungsumfang für das Errichten einer Zwischendecke auf einer Gesamtlänge von 1100 m. das Baulos B war die Lieferung und die Montage der Inbetriebnahme der Abluftmaschinen. Das Baulos C welches das ggst. Referenzprojekt ist, war die Herstellung der Lüftungsklappen, die Herstellung und Bau der Energieversorgungstrasse und die Montage und Inbetriebnahme des Lüftungsgewerkes.

XXXX ad nicht mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbare Leistungen: Die Ausschreibung fordert Vergleichbarkeit und definiert diese mit exakt angeführten Kriterien. „Letzteres ist dann der Fall, wenn folgende Kriterien erfüllt sind:“ Die Ausschreibung fordert keine Identität der Referenzen mit der ggst. Ausschreibung. Die vorgelegten Referenzen betreffen in Wahrheit weit komplexere einschlägige Projekte.

XXXX ad Leistungen nicht unter Verkehr erbracht bei A11: Die Tunnelsanierung dauerte über 24 Monate. Es ist klar, dass dieser Tunnel in diesem Zeitraum nicht gesperrt werden konnte (da es sich um einen Gegenverkehrstunnel handelt). Es wurde der Verkehr lediglich kurzfristig angehalten und ansonsten unter Verkehr gearbeitet. Ich verweise auf die Referenzbestätigung, wo die Leistungsbestätigung der XXXX zum Baulos C eindeutig definiert und dargestellt wurde. Nicht nur auf der österreichischen Seite des Karawankentunnels, sondern auch auf der slowenischen Seite des Karawankentunnels. Vorgelegt wird der Referenznachweis betreffend das Projekt A11 (Beilage./10). Dieses wird der Antragstellerin mit Ausnahme der Namen des Schlüsselpersonals gezeigt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stimmt dem zu.

XXXX Ich lege vor: einen Auszug aus dem LV des Referenzprojektes A11, in welchem es unter Punkt 2.3.4 heißt: „Der Großteil der Arbeiten findet dabei unter Verkehr im Zuge von einseitigen Verkehrssperren bzw. während Vollsperren statt. Bei einseitigen Sperren wird der Verkehr wechselseitig angehalten... (Beilage./11).

XXXX Ich verweise darauf, dass dabei auch von Vollsperren die Rede ist.

XXXX Es hat während der Bauarbeiten keine Vollsperren gegeben. Die Behörde genehmigt Vollsperren bei Tunnelsanierungen gemäß § 90 StvO lediglich für max. 15 Minuten (sogenannte Anhaltungen). Dies ist gemeint, wenn in dem LV von Vollsperren die Rede ist.

XXXX Wesentlich ist, dass die meisten Arbeiten unter Verkehr durchgeführt wurden.

XXXX ad Mindestlänge von 5 km bei A11: Auch hier ergibt sich die Erfüllung der geforderten Mindestlänge bei einer Betrachtungsweise der Straßenlänge aus dem Referenznachweis (Beilage./10). Danach betrug die Tunnellänge knapp 10 km. Bei einer Betrachtungsweise der Länge der errichteten Infrastruktur betrug die Energieversorgungstrasse über 7 km. Bei 10 km Infrastrukturkabel und 22 km Energiekabel.

XXXX Ich lege vor zum Nachweis der Erreichung der geforderten Mindestlänge hinsichtlich des Karawankentunnels einen Auszug aus dem LV des Projektes A11, Seite 55, (Beilage./12) woraus sich ergibt, dass die Kabelversorgungstrasse ausgeführt mit Kabelrinnen eine Länge von 7000 Meter aufweist. Ausgeführt wurde sie in einer Höhe von 60mm und einer Breite von 100 mm. Siehe LV-Position 103211B.

Die Beilage./12 wird der Antragstellerin vorgelegt.

XXXX Wenn die Kabelrinne eine Länge von 7000m aufweist, bedeutet das bei zwei Richtungsfahrbahnen eine Projektlänge von lediglich der Hälfte, nämlich 3500m.

XXXX Der Karawankentunnel ist ein einröhriger Tunnel von einer Länge von ca. 8000m, welcher nur eine Röhre hat. In dieser wurde 7000m Kabelrinnen erbaut, was mehr als 5000m im Punkt Referenzprojekt darstellt. Die Kabelrinne verläuft vom Anfang des Tunnels bis zum Ende des Tunnels.

XXXX Nach all diesen Erörterungen dreht es sich am Ende des Tages um die Frage der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte mit dem vergabegegenständlichen Auftrag. Bei beiden Referenzprojekten haben sowohl die Auftraggeberin, als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestätigt, dass diejenigen Leistungen die sie selbst als „grobe Bauleistungen“ bezeichnet haben, nicht von der Firma XXXX ausgeführt wurden, sondern von Bauunternehmen. Im Falle der S6 vom ARGE-Partner, im Fall der A11 im Zuge eines anderen Bauloses. Es mag so sein, dass im Zuge der Ausführung der E und M Leistungen diesen anhängende Bauleistungen erbracht wurden. Es wurden aber in den Referenzprojekten keine Bauleistungen erbracht, die im Hinblick auf den Vergabe gegenständlichen Auftrag, den Leistungsumfang der Firma XXXX umfassen. Beim Referenzprojekt A11 ist zu bemerken, dass es sich tatsächlich um untergeordnete Bauleistungen handelt, auch die vorgelegte Beilage./10 zeigt reine Montage und Verlegeleistungen, aber keine Bauarbeiten, wie sie beim ggst. Auftrag der Obergruppe Bau entsprechen. Dass es in welcher Begrifflichkeit auch immer bei den beiden Tunnelprojekten keine Sperren gegeben haben soll, ist völlig unglaubwürdig, ob man diese nun als Anhaltung oder als Tunnelsperre bezeichnet, ist Wortklauberei. Maßgeblich ist aber, ob während der Arbeiten Fließverkehr stattgefunden hat, dies bestreitet die Antragstellerin nach wie vor. Zu bemerken ist außerdem, dass die Auftraggeberin ihrer Mitwirkungs- und Verfahrensförderungspflicht im Nachprüfungsverfahren nicht nachkam, weil sie auch bei dreimonatiger Vorbereitungszeit der heutigen Verhandlung bloß aufs Vorhandensein weiterer Unterlagen verweist, die ihre Behauptungen belegen könnte, nur mitgebracht hat sie sie nicht. Die Auslegung der Ausschreibungsunterlage ist eine Rechtsfrage, die Antragstellerin jedenfalls sieht die Vergleichbarkeit sowohl in den Obergruppen Bau als auch E und M (also in beiden) weiterhin nicht gegeben.

XXXX Ich verweise auf das bisherige Vorbringen. Ich bin mit dem Vorbringen des Antragstellers nicht einverstanden. Ich ergänze, dass die Ausschreibung keine 100Prozent durchgehende Leistungserbringung unter Verkehr erfordert hat. Wenn eine Anleihe an der vorliegenden Ausschreibung durch den Antragsteller in Hinblick auf Bauleistungen genommen wird, ist dazu zu sagen, dass auch das ausgeschriebene Projekt kein Straßenbauprojekt ist und die Bauleistungen eine untergeordnete Bauleistung gegenüber den E und M-Leistungen hat.

XXXX Das wird bestritten.

XXXX Die Vergleichbarkeit der Referenzen wird durch die Ausschreibung klar definiert. Die klaren Kriterien wurden insbesondere in Hinblick auf die Referenzprojekte umfassend (über-) erfüllt und im Vergabeverfahren bis ins letzte Detail nachgewiesen.“

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH hat den Bauauftrag „A01 West Autobahn, LWL Knoten Steinhäusl bis Ast Oed, Vollausbau CN.as Linie, km 30,00 bis km 80,00 und km 110,00 bis km 130,00; Elektrotechnische und Maschinelle Anlagen und Bauleistung“ im Wege eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 30.10.2019 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung ist am 19.02.2020 zugunsten der Bietergemeinschaft

bestehend aus XXXX und XXXX erfolgt. (Schreiben der Auftraggeberin vom 02.03.2020; Akt des Vergabeverfahrens).

Die Position 00 00B104E, Teil B.5 Leistungsverzeichnis, lautet auszugsweise:

„00B104E Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur B.1 zumindest

folgendes nachzuweisen:

Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind mindestens 2 Referenzprojekte

anzugeben, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind. Letzteres ist dann der Fall, wenn

folgende Kriterien erfüllt sind:

a) Kriterien:

Errichtung einer Infrastruktur bzw. einer Energieversorgungstrasse in einem

hochrangigen Strassennetz mit einer Mindestlänge von 5 km (Bau und EM

Leistungen) unter Verkehr.

b) Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung maximal 10 Jahre vor

dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung anerkannt und gewertet.

c) Auftragsbearbeitung:

Es werden nur Referenzen gewertet, welche zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung abgeschlossen

oder mindestens 1 Jahr bearbeitet wurden. Bei einem Gesamtauftrag (z.B. Tunnel und Brücke)

werden einzelne Teilleistungen (z.B. Brücke) nur dann als Referenz gewertet, wenn die

entsprechende Teilleistung bereits abgeschlossen oder zumindest 1 Jahr bearbeitet wurde.

Eine Referenz bzw eine Teilleistung gilt dann als ein Jahr bearbeitet, wenn ab Baubeginn

mindestens 1 Jahr Arbeiten im Referenzprojekt vor Ort durchgeführt wurden.“ (Ausschreibungsunterlagen; Verhandlungsschrift S. 5)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052).

3.a) Zu Spruchpunkt 1) A) (Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung):

Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass die beiden Referenzprojekte S 6 Semmering Schnellstraße, Tunnelkette Bruck (kurz „Referenzprojekt S 6“ genannt) und A 11 Karawankentunnel, Tausch von Lüftern (kurz „Referenzprojekt A 11“ genannt), welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot benannte, von der Auftraggeberin zu Unrecht akzeptiert wurden, da diese die Bedingungen der Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllen würden.

Zu berücksichtigen ist, dass bei beiden genannten Referenzprojekten die Auftraggeberin selbst auch Auftraggeberin dieser Projekte war und somit selbst über die genannten Projekte bestens Bescheid weiß.

Das in diesem Absatz Folgende zum Referenzprojekt S 6 ergibt sich aus den schlüssigen und nachvollziehbaren

Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung: Es handelte sich bei dem Referenzprojekt S 6 um die Errichtung einer Energieversorgungstrasse, weil bei der Generalsanierung die alten Anlagen und Kabelteile der Energieversorgungstrasse entfernt wurden und neue Energie-Datenverbindungen hergestellt wurden. Die XXXX hat dabei Bauleistungen, nämlich die Montage der Wetterstation und Bodensensoren, das Freigraben der Bestandsrohrtrasse im Bereich Talübergang, das Freilegen der offenen Muffen, Herstellen einer durchgängigen Rohrtrasse und Zuschütten der Rohrtrasse (siehe Beilage ./2 und ./3 des Verhandlungsprotokolls), Verschluss von Revisionsschächten, Umverlegungen CN.as-Linie (corporate network asfinag) und Verkehrsumlegungen durchgeführt. Die geforderte Mindestlänge von 5 km wird sowohl bei einer Betrachtung der Straßenlänge erreicht, die war auf einer Autobahnlänge von 10 km Abschnitte von 6,67 bzw. 6,62 km als auch bei einer Betrachtungsweise der Länge der errichteten Infrastruktur, die Energieversorgungstrassen waren 7 km lang. Sämtliche Arbeiten wurden unter Verkehr durchgeführt. Dies wird belegt durch den Verkehrsphasenplan des Projektes S 6 woraus sich ergibt, dass das über Monate stattgefundene Bauprojekt der Tunnelsanierung nicht unter monatelanger Sperre der S 6 durchgeführt wurde, was nicht möglich wäre, sondern unter Umleitung des Verkehrs auf die jeweilige Tunnelröhre bzw. Fahrbahn, die nicht in Bearbeitung war (siehe Beilage. /4 des Verhandlungsprotokolls).

Aus dem im vorher stehenden Absatz Erläuterten ergibt sich somit, dass die Argumente der Antragstellerin, warum das Referenzprojekt S 6 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen sollte, nicht zutreffend sind. Da auch keine weiteren Gründe ersichtlich sind, warum das Referenzprojekt S 6 von der Auftraggeberin als nicht ausschreibungskonform bewertet hätte werden sollen, wurde das Referenzprojekt S 6 von der Auftraggeberin zu Recht als ausschreibungskonform, insbesondere als Teil B.5 Leistungsverzeichnis Position 00 00B104E entsprechend, bewertet.

Das in diesem Absatz Folgende zum Referenzprojekt A 11 ergibt sich aus den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung: Die Lüftung ist der größte Energieverbraucher im Tunnel. Bei diesem Projekt wurde die gesamte Energieverteilung für die Lüftungsanlage errichtet. Bereits das ist die Errichtung einer Energieversorgungstrasse. Darüber hinaus wurden zahlreiche Infrastrukturanlagen und EM-Anlagen errichtet. Von der XXXX wurden dabei die Energieversorgungstrasse für die Lüftungsanlage, Frischluftklappen, Kanalabsperrklappen, gebaut. Der Karawankentunnel hat eine Länge von ca. 8 km. Es wurde eine Energieversorgungstrasse von über 7 km errichtet. Durch die XXXX selbst wurden unter anderem folgende Bauleistungen durchgeführt: Herstellen eines Deckenverschlusses im Ausmaß von 12 Quadratmetern inkl. Unterkonstruktion, Bohrungen im Zuluftkanal einschließlich Durchbrüchen im Mauerwerk aller Art und sämtliches wiederum nachweisbar durch Bautagesberichte und vergleichende Auszüge aus dem aktuellen Leistungsverzeichnis, wo genau diese angeführten Tätigkeiten als Bauleistungen angeführt sind (siehe: Regiebericht der XXXX vom Mai 2014 mit der Beschreibung der erbrachten Leistung: „Herstellen eines of. Deckenverschlusses nach hergestellter Öffnung an der Tunneldecke“ etc. siehe Beilage ./5 des Verhandlungsprotokolls). Als weitere Beispiele für Bauleistungen von der XXXX wird verwiesen auf Bautagesberichte aus denen sich ergibt, dass die XXXX unter anderem auch zahlreiche Bohrungen in Zuluftkanälen vorgenommen hat (es handelt sich bei Zuluftkanälen in einem Tunnel um die an der Decke angebrachten Bohrungen und nachfolgenden Abluftschächte für die Tunnelluft siehe die Beilagen ./7, ./8 und ./9 des Verhandlungsprotokolls). Die Tunnelsanierung dauerte über 24 Monate. Dieser Tunnel konnte in diesem Zeitraum nicht gesperrt werden, da es sich um einen Gegenverkehrstunnel handelt. Es wurde der Verkehr lediglich kurzfristig angehalten und ansonsten unter Verkehr gearbeitet. Verwiesen wird auf die Referenzbestätigung, wo die Leistungsbestätigung der XXXX zum Baulos C eindeutig definiert und dargestellt wurde; nicht nur auf der österreichischen Seite des Karawankentunnels, sondern auch auf der slowenischen Seite (siehe den Referenznachweis betreffend das Projekt A 11 Beilage ./10 des Verhandlungsprotokolls). Verwiesen wird weiters auf einen Auszug aus dem LV des Referenzprojektes A 11, in welchem es unter Punkt 2.3.4 heißt: „Der Großteil der Arbeiten findet dabei unter Verkehr im Zuge von einseitigen Verkehrssperren bzw. während Vollsperren statt. Bei einseitigen Sperren wird der Verkehr wechselseitig angehalten… (siehe Beilage ./11 des Verhandlungsprotokolls). Die Erfüllung der geforderten Mindestlänge von 5 km ergibt sich bei einer Betrachtungsweise der Straßenlänge aus dem Referenznachweis (Beilage ./10 des Verhandlungsprotokolls). Danach betrug die Tunnellänge knapp 10 km. Bei einer Betrachtungsweise der Länge der errichteten Infrastruktur betrug die Energieversorgungstrasse über 7 km bei 10 km Infrastrukturkabel und 22 km Energiekabel (siehe zum Nachweis der Erreichung der geforderten Mindestlänge hinsichtlich des

Karawankentunnels auch einen Auszug aus dem LV des Projektes A 11, Seite 55, Beilage ./12 des Verhandlungsprotokolls, woraus sich ergibt, dass die Kabelversorgungstrasse ausgeführt mit Kabelrinnen eine Länge von 7000 Metern aufweist).

Aus dem im vorher stehenden Absatz Erläuterten ergibt sich somit, dass die Argumente der Antragstellerin, warum das Referenzprojekt A 11 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen sollte, nicht zutreffend sind. Da auch keine weiteren Gründe ersichtlich sind, warum das Referenzprojekt A 11 von der Auftraggeberin als nicht ausschreibungskonform bewertet hätte werden sollen, wurde das Referenzprojekt A 11 von der Auftraggeberin zu Recht als ausschreibungskonform, insbesondere als Teil B.5 Leistungsverzeichnis Position 00 00B104E entsprechend, bewertet.

Die von der Antragstellerin aufgeworfene Frage der Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei Durchführung der von ihr genannten Referenzprojekte ist nicht zu prüfen, da eine solche Prüfung in den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere in Teil B.5 Leistungsverzeichnis Position 00 00B104E, und auch sonst nicht vorgesehen ist.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die beiden genannten Referenzprojekte der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere Teil B.5 Leistungsverzeichnis Position 00 00B104E, entsprechen.

3.b) Zu Spruchpunkt 2.) A) - Gebührenersatz:

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie gemäß § 341 BVergG 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin.

4) Zu den Spruchpunkten 1.) B) und 2.) B) - Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Ist die Rechtslage eindeutig, liegt keine die Zulässigkeit einer Revision begründende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor (vgl. VwGH 28.02.2018, Ro 2017/04/0120).

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch ist die Rechtslage eindeutig und es sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich.

Schlagworte

Bauauftrag Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren Pauschalgebührenersatz Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W134.2229093.3.00

Im RIS seit

28.09.2020

Zuletzt aktualisiert am

28.09.2020

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at