

TE Bvwg Erkenntnis 2026/3/31 W187 2336467-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.03.2026

Entscheidungsdatum

31.03.2026

Norm

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §134

BVergG 2018 §135

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2018 § 12 heute
2. BVergG 2018 § 12 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 134 heute
2. BVergG 2018 § 134 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 135 heute
2. BVergG 2018 § 135 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 20 heute

2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 327 heute

2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 328 heute

2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 333 heute

2. BVergG 2018 § 333 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 334 heute

2. BVergG 2018 § 334 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 342 heute

2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 4 heute

2. BVergG 2018 § 4 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 4 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 24 heute

2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Susanne WIXFORTH als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Winfried PÖCHERSTORFER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA , und 2. BBBB , vertreten durch die Pochmarski Korber Rechtsanwälte GmbH, Hamerlinggasse 8, 8010 Graz, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung in dem Vergabeverfahren „A23 – ABM Kaisermühlen – Neubau ABM + API, Generalplaner inkl. gestalterischer Begleitung, Verfahrens ID: 146095“ der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Schnirchgasse 17, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle, ASFINAG Bau Management GmbH, Schnirchgasse 17, 1030 Wien, vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 224, 1090 Wien, vom 20. Februar 2026 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 20. Februar 2026 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA und 2. BBBB , das Bundesverwaltungsgericht möge „die Ausscheidensentscheidung vom 10.02.2026 für nichtig erklären“, ab.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

1. Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 20. Februar 2026, OZ 1

1. Mit Schriftsatz vom 20. Februar 2026 beantragte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA , und 2. BBBB , vertreten durch die Pochmarski Korber Rechtsanwälte GmbH, Hamerlinggasse 8, 8010 Graz, in der Folge Antragstellerin, die Akteneinsicht, die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10. Februar 2026 und den Ersatz der Pauschalgebühr und sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „A23 – ABM Kaisermühlen – Neubau ABM + API, Generalplaner inkl. gestalterischer Begleitung, Verfahrens ID: 146095“, der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Schnirchgasse 17, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Schnirchgasse 17, 1030 Wien, vertreten durch die DSC Doralt Seist Csoklich Rechtsanwälte GmbH, Währinger Straße 224, 1090 Wien.

1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts gab die Antragstellerin an, dass sich der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung vom 10. Februar 2026 richte. Die Antragstellerin werde in ihren Rechten auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf gesetzeskonforme Ausschreibungsunterlagen, auf ausschreibungskonforme und gesetzeskonforme Angebotsprüfung, auf Bietergleichbehandlung, auf Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen sowie auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Der Nachprüfungsantrag wende sich gegen die Ausscheidensentscheidung, eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG 2018. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und ihr drohe ein Schaden. Sie sei antragslegitimiert. Die Ausscheidensentscheidung sei am 12. Februar 2026 über die Vergabepattform elektronisch zugestellt worden und der Nachprüfungsantrag sei damit innerhalb der Frist des § 343 Abs 1 BVergG 2018 eingebracht. Die Auftragsvergabe falle gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Das Bundesverwaltungsgericht sei auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Die Antragstellerin habe die Pauschalgebühren bezahlt.1.1 Nach der Darstellung des Sachverhalts gab die Antragstellerin an, dass sich der Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung vom 10. Februar 2026 richte. Die Antragstellerin werde in ihren Rechten auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf gesetzeskonforme Ausschreibungsunterlagen, auf ausschreibungskonforme und gesetzeskonforme Angebotsprüfung, auf

Bietergleichbehandlung, auf Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen sowie auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Der Nachprüfungsantrag wende sich gegen die Ausscheidensentscheidung, eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2018. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und ihr drohe ein Schaden. Sie sei antragslegitimiert. Die Ausscheidensentscheidung sei am 12. Februar 2026 über die Vergabeplattform elektronisch zugestellt worden und der Nachprüfungsantrag sei damit innerhalb der Frist des Paragraph 343, Absatz eins, BVergG 2018 eingebracht. Die Auftragsvergabe falle gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Das Bundesverwaltungsgericht sei auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Die Antragstellerin habe die Pauschalgebühren bezahlt.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sich diese ausschließlich auf die sogenannte „Medianklausel“ in Punkt 1.1.33 in Teil D.1 „Allgemeine Ausschreibungsbedingungen“, in der Folge 20 %-Medianklausel, gründe. In Punkt 1.2.9 in Teil D.1.2 „Besondere Ausschreibungsbedingungen“, finde sich eine weitere Medianklausel, in der Folge 10 %-Medianklausel. Die Gesamtpreise der Angebote gemäß Angebotsöffnungsprotokoll und die geschätzte Auftragssumme der Auftraggeberin seien der Antragstellerin erstmalig mit der Zustellung des Angebotsöffnungsprotokolls vom 3. Februar 2026 bekannt geworden. Im vorliegenden Fall sei der Antragstellerin trotz bereits zu diesem Themenkreis gestellter Bieterfragen keine Aufklärung und damit Erläuterung des Angebotspreises im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung ermöglicht worden. Die Auslegung der Punkte 1.1.33 des Teils D.1. und 1.2.9 des Teils D.1.2. in einer solchen Weise verstoße gegen § 141 Abs 1 Z 3 und 7 BVergG 2018. Die Entscheidung, einen Bieter ausschließlich aufgrund eines Preises unter einem wie auch immer definierten Median ohne vertiefende Prüfung auszuschließen, sei auch gemäß § 137 Abs 2 BVergG 2018 und § 138 BVergG 2018 sowie nach geltendem EU-Recht unzulässig. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin ohne vertiefte Angebotsprüfung sei daher vergaberechtswidrig gewesen.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass sich diese ausschließlich auf die sogenannte „Medianklausel“ in Punkt 1.1.33 in Teil D.1 „Allgemeine Ausschreibungsbedingungen“, in der Folge 20 %-Medianklausel, gründe. In Punkt 1.2.9 in Teil D.1.2 „Besondere Ausschreibungsbedingungen“, finde sich eine weitere Medianklausel, in der Folge 10 %-Medianklausel. Die Gesamtpreise der Angebote gemäß Angebotsöffnungsprotokoll und die geschätzte Auftragssumme der Auftraggeberin seien der Antragstellerin erstmalig mit der Zustellung des Angebotsöffnungsprotokolls vom 3. Februar 2026 bekannt geworden. Im vorliegenden Fall sei der Antragstellerin trotz bereits zu diesem Themenkreis gestellter Bieterfragen keine Aufklärung und damit Erläuterung des Angebotspreises im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung ermöglicht worden. Die Auslegung der Punkte 1.1.33 des Teils D.1. und 1.2.9 des Teils D.1.2. in einer solchen Weise verstoße gegen Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3 und 7 BVergG 2018. Die Entscheidung, einen Bieter ausschließlich aufgrund eines Preises unter einem wie auch immer definierten Median ohne vertiefende Prüfung auszuschließen, sei auch gemäß Paragraph 137, Absatz 2, BVergG 2018 und Paragraph 138, BVergG 2018 sowie nach geltendem EU-Recht unzulässig. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin ohne vertiefte Angebotsprüfung sei daher vergaberechtswidrig gewesen.

1.3 Die Antragstellerin habe den geschätzten Auftragswert erstmals mit dem Angebotsöffnungsprotokoll am 3. Februar 2026 erfahren, sodass dieser nicht bestandsfest sei und mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft werden könne. Die Schätzung des Auftragswerts sei entgegen den Vorgaben in § 13 BVergG 2018 offenbar nicht vor der Durchführung des Vergabeverfahrens und auch nicht sachkundig erfolgt. Wegen der Heranziehung zur Berechnung des Medians komme diesem besondere Relevanz zu. Die Antragstellerin berechnete den Median mit € 3.537.605,30 und kam zu dem Schluss, dass mehrere Angebote um mehr als 20 % von diesem abwichen. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin betrage der geschätzte Auftragswert € 2.900.000,00 und der Median € 3.247.591,39, womit bei einem Abweichen von 20 % die Grenze für das Ausscheiden von Angeboten bei € 2.598.073,11 läge. Das Angebot der Antragstellerin – und anderer Bieter – wäre nicht auszuschneiden. Die Antragstellerin nahm weitere Berechnungen vor, die allesamt dazu führten, dass ihr Angebot nicht auszuschneiden sei. Nach allgemeinen Aussagen zur Ermittlung des geschätzten Auftragswerts bezweifelt die Antragstellerin, dass diese vor Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig durchgeführt worden sei. Die Herleitung der %-Sätze in der LM -VM-Aufstellung für die einzelnen Fachplaner sei in den Teilbereichen Bauphysik und Technische Gebäudeausrüstung (TGA) ebenso wie die zu hoch geschätzte Honorarbasis bereits im Rahmen der Beantwortung von Bieterfragen thematisiert worden. Die

Auftraggeberin habe bloß formelhaft auf „Erfahrungswerte des AG bei vergleichbaren Projekten“ verwiesen. Die Auftraggeberin habe der Kalkulation Bauwerkskosten in Höhe von netto € 18.373.910,00 zugrunde gelegt, woraus als Summe Planungsleistungen von € 3.838.659,98 bzw eine Vergütung von € 3.477.193,47 resultierten. Diese Werte stellten nicht den mit der Angebotseröffnung bekanntgegebenen geschätzten Auftragswert in Höhe von € 3.480.027,82 dar, die Bauwerkskosten seien jedoch für die Angebotskalkulation der Bieter die maßgebliche Rechengröße. Die Ermittlung der Honorarbasis sei offenbar in (mehrfach) unrichtiger Anwendung der LM.VM erfolgt. Die Herleitung sei nicht wie für die LM VM erforderlich nach den Kostengruppen aufgeteilt, sondern nach (ebenfalls falsch ermittelten) Gesamtbauwerkskosten ermittelt worden. Die Auftraggeberin habe für den Teilbereich Tragwerksplanung in ihrer Grobkostenschätzung (unrichtige) Bauwerkskosten in Höhe von € 15.694.990,00 angesetzt. Bei der Tragwerksplanung seien fast überall 100 % der Bauwerkskosten für die einzelnen Nutzungselemente als Bemessungsgrundlage herangezogen worden, was technisch nicht nachvollziehbar sei, da hier nur anteilig Leistungen zu erbringen seien. Es wäre nur eine Bemessungsgrundlage von € 7.615.986,00 anzusetzen gewesen. Daraus ergebe sich eine unrichtige Vergütung von € 841.424,00. Kalkulatorisch wäre statt eines %-Satzes für Tragwerksplanung von 5,3611 % einer von 5,9644 % heranzuziehen gewesen. Daraus resultiere bei richtiger Grobkostenschätzung für den Teilbereich Tragwerksplanung eine Vergütung in Höhe von € 454.247,00. Ähnliches gelte auch für den Teilbereich Bauphysik, sodass eine Vergütung in Höhe von € 26.565,00 resultiere. Zusammengefasst sei daher zunächst die Bemessungsgrundlage für die Anwendung der LM.VM unrichtig hergeleitet worden, indem nicht nach den Kostengruppen aufgeteilt worden sei, die unrichtigen Anteile für die Teilplanungsleistungen herangezogen worden seien und mit unrichtigen %-Sätzen gerechnet worden sei. Dabei seien die bei einer sachkundigen Kostenschätzung zu berücksichtigenden üblichen Abschläge für einzelne Teilplanungsleistungen noch gänzlich außer Betracht geblieben. Es sei daher davon auszugehen, dass diese kalkulatorischen Fehler in der Anwendung der LM.VM auch zu dem bekanntgegeben unrichtig ermittelten geschätzten Auftragswert geführt hätten.

1.3 Die Antragstellerin habe den geschätzten Auftragswert erstmals mit dem Angebotsöffnungsprotokoll am 3. Februar 2026 erfahren, sodass dieser nicht bestandsfest sei und mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag bekämpft werden könne. Die Schätzung des Auftragswerts sei entgegen den Vorgaben in Paragraph 13, BVergG 2018 offenbar nicht vor der Durchführung des Vergabeverfahrens und auch nicht sachkundig erfolgt. Wegen der Heranziehung zur Berechnung des Medians komme diesem besondere Relevanz zu. Die Antragstellerin berechnete den Median mit € 3.537.605,30 und kam zu dem Schluss, dass mehrere Angebote um mehr als 20 % von diesem abwichen. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin betrage der geschätzte Auftragswert € 2.900.000,00 und der Median € 3.247.591,39, womit bei einem Abweichen von 20 % die Grenze für das Ausscheiden von Angeboten bei € 2.598.073,11 läge. Das Angebot der Antragstellerin – und anderer Bieter – wäre nicht auszuschneiden. Die Antragstellerin nahm weitere Berechnungen vor, die allesamt dazu führten, dass ihr Angebot nicht auszuschneiden sei. Nach allgemeinen Aussagen zur Ermittlung des geschätzten Auftragswerts bezweifelt die Antragstellerin, dass diese vor Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig durchgeführt worden sei. Die Herleitung der %-Sätze in der LM -VM-Aufstellung für die einzelnen Fachplaner sei in den Teilbereichen Bauphysik und Technische Gebäudeausrüstung (TGA) ebenso wie die zu hoch geschätzte Honorarbasis bereits im Rahmen der Beantwortung von Bieterfragen thematisiert worden. Die Auftraggeberin habe bloß formelhaft auf „Erfahrungswerte des AG bei vergleichbaren Projekten“ verwiesen. Die Auftraggeberin habe der Kalkulation Bauwerkskosten in Höhe von netto € 18.373.910,00 zugrunde gelegt, woraus als Summe Planungsleistungen von € 3.838.659,98 bzw eine Vergütung von € 3.477.193,47 resultierten. Diese Werte stellten nicht den mit der Angebotseröffnung bekanntgegebenen geschätzten Auftragswert in Höhe von € 3.480.027,82 dar, die Bauwerkskosten seien jedoch für die Angebotskalkulation der Bieter die maßgebliche Rechengröße. Die Ermittlung der Honorarbasis sei offenbar in (mehrfach) unrichtiger Anwendung der LM.VM erfolgt. Die Herleitung sei nicht wie für die LM VM erforderlich nach den Kostengruppen aufgeteilt, sondern nach (ebenfalls falsch ermittelten) Gesamtbauwerkskosten ermittelt worden. Die Auftraggeberin habe für den Teilbereich Tragwerksplanung in ihrer Grobkostenschätzung (unrichtige) Bauwerkskosten in Höhe von € 15.694.990,00 angesetzt. Bei der Tragwerksplanung seien fast überall 100 % der Bauwerkskosten für die einzelnen Nutzungselemente als Bemessungsgrundlage herangezogen worden, was technisch nicht nachvollziehbar sei, da hier nur anteilig Leistungen zu erbringen seien. Es wäre nur eine Bemessungsgrundlage von € 7.615.986,00 anzusetzen gewesen. Daraus ergebe sich eine unrichtige Vergütung von € 841.424,00. Kalkulatorisch wäre statt eines %-Satzes für Tragwerksplanung von 5,3611 % einer von 5,9644 % heranzuziehen gewesen. Daraus resultiere bei richtiger Grobkostenschätzung für den Teilbereich Tragwerksplanung eine Vergütung in Höhe von € 454.247,00. Ähnliches gelte auch für den Teilbereich Bauphysik, sodass eine Vergütung

in Höhe von € 26.565,00 resultiere. Zusammengefasst sei daher zunächst die Bemessungsgrundlage für die Anwendung der LM.VM unrichtig hergeleitet worden, indem nicht nach den Kostengruppen aufgeteilt worden sei, die unrichtigen Anteile für die Teilplanungsleistungen herangezogen worden seien und mit unrichtigen %-Sätzen gerechnet worden sei. Dabei seien die bei einer sachkundigen Kostenschätzung zu berücksichtigenden üblichen Abschläge für einzelne Teilplanungsleistungen noch gänzlich außer Betracht geblieben. Es sei daher davon auszugehen, dass diese kalkulatorischen Fehler in der Anwendung der LM.VM auch zu dem bekanntgegeben unrichtig ermittelten geschätzten Auftragswert geführt hätten.

2. Erteilung von Auskünften, Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht der Auftraggeberin vom 24. Februar 2026, OZ 7

2. Mit Schriftsatz vom 24. Februar 2026, beim Bundesverwaltungsgericht am 25. Februar 2026 eingelangt, erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, führte zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen aus, dass sie noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen habe, die Antragstellerin als „verbliebene Bieterin“ zu qualifizieren sei, der eine Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben sei, sodass sie diese anfechten und in diesem Zusammenhang die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragen könne. Im derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens drohe der Antragstellerin keine Schädigung unmittelbar. Die beantragte einstweilige Verfügung sei überschießend und könne keinesfalls als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme qualifiziert werden. Weiters führte die Auftraggeberin zum Umfang der Akteneinsicht aus und beantragte, dass der Antragstellerin keine Einsicht in den Vergabeakt betreffend Bestandteile des Vergabeakts, die nicht unmittelbar die Antragstellerin selbst bzw ihr Angebot betreffen, gewährt werde.

3. Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens vom 25. Februar 2026, OZ 8

3. Am 25. Februar 2026 legte die Auftraggeberin eine Kopie der Unterlagen des Vergabeverfahrens in elektronischer Form vor.

4. Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 27. Februar 2026, W187 2336467-1/2E

4. Mit Beschluss vom 27. Februar 2026, W187 2336467-1/2E, wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels unmittelbar drohender Schädigung der Antragstellerin ab.

5. Stellungnahme der Auftraggeberin vom 27. Februar 2026, OZ 10

5. Mit Schriftsatz vom 27. Februar 2026 nahm die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen wie folgt aus:

5.1 Das Angebot der Antragstellerin sei aufgrund der bestandsfesten Medianklausel ausgeschieden worden. Die Zugrundelegung des geschätzten Auftragswerts gemäß Öffnungsprotokoll sei dadurch ebenfalls bestandsfest. Das Preisangebot der Antragstellerin weiche unstrittig mehr als 20 % vom Median ab. Die Antragstellerin sei aufgrund dieser Festlegungen verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Es erübrige sich, auf das Vorbringen der Rechtswidrigkeit des „automatischen“ Ausscheidens aufgrund der Medianklausel einzugehen. Die Schätzung des Auftragswerts sei bereits zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung im Verfahren „hinterlegt“ und dokumentiert. Maßgeblich sei, dass die Modalität der Prüfung klar, genau und eindeutig in der Ausschreibung festgelegt sei, die zugrunde gelegte Referenzgröße vor Einleitung des Verfahrens ex ante sachkundig ermittelt und im Vergabeverfahren fixiert worden sei und der maßgebliche numerische Wert zu dem Zeitpunkt offengelegt werde, zu dem er rechtlich relevant werde, der Angebotsöffnung. Das Transparenzgebot verlange nicht, dass Bietern alle für die spätere Punkte- oder Schwellenberechnung maßgeblichen Eingangsgrößen bereits vor Angebotsabgabe als absolute Zahlen bekannt seien. Die ordnungsgemäße Schätzung sei aufgrund der bestandsfesten Festlegungen nicht entscheidend.

5.2 Die Auftraggeberin habe den Auftragswert ausschreibungs- und vergaberechtskonform geschätzt. Die Berechnungen im Nachprüfungsantrag seien fiktiv. Die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes sei eine ex-ante-Prognose des Auftraggebers, eine Korrektur nach der Angebotsöffnung nicht möglich. Aspekte der LM.VM-Aufstellung, die mit den Ausschreibungsunterlagen offengelegt worden seien, seien im Rahmen von Bieteranfragen thematisiert worden. Die Kritik der Antragstellerin an der LM.VM sei unbeachtlich. Zum einen habe die Auftraggeberin die Kalkulationsgrundlagen in den Ausschreibungsunterlagen transparent dargelegt. Die in den Ausschreibungsunterlagen transparent offengelegten Bemessungsgrundlagen seien von der Antragstellerin nicht während der Angebotsfrist

angefochten worden und daher bestandsfest. § 13 Abs 3 BVergG 2018 verlange eine sachkundige Ermittlung des geschätzten Auftragswerts vor Einleitung des Verfahrens; es handle sich um eine Prognoseentscheidung ex ante. Im konkreten Fall liege eine entsprechend methodisch korrekte Ermittlung des geschätzten Auftragswerts vor. Die Auftraggeberin habe – dokumentiert in den mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten LM.VM-Unterlagen – auf die in der Praxis etablierten Berechnungsgrundlagen für Generalplanungsleistungen zurückgegriffen und „Benchmark ASFINAG“-Werte sowie projektbezogene Mengengerüste herangezogen. Die Argumentation der Antragstellerin gehe an § 13 Abs 3 BVergG 2018 vorbei, soweit sie – losgelöst vom Zeitpunkt der Einleitung – „objektiv richtige“ Einzelansätze ex post behaupte und aus diesen eine neue Median-Grenze konstruiere. Die Bestimmung schütze gerade die Ex-ante-Methodik; sie fordere keine Unfehlbarkeit der Prognose.

5.2 Die Auftraggeberin habe den Auftragswert ausschreibungs- und vergaberechtskonform geschätzt. Die Berechnungen im Nachprüfungsantrag seien fiktiv. Die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes sei eine ex-ante-Prognose des Auftraggebers, eine Korrektur nach der Angebotsöffnung nicht möglich. Aspekte der LM.VM-Aufstellung, die mit den Ausschreibungsunterlagen offengelegt worden seien, seien im Rahmen von Bieteranfragen thematisiert worden. Die Kritik der Antragstellerin an der LM.VM sei unbeachtlich. Zum einen habe die Auftraggeberin die Kalkulationsgrundlagen in den Ausschreibungsunterlagen transparent dargelegt. Die in den Ausschreibungsunterlagen transparent offengelegten Bemessungsgrundlagen seien von der Antragstellerin nicht während der Angebotsfrist angefochten worden und daher bestandsfest. Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2018 verlange eine sachkundige Ermittlung des geschätzten Auftragswerts vor Einleitung des Verfahrens; es handle sich um eine Prognoseentscheidung ex ante. Im konkreten Fall liege eine entsprechend methodisch korrekte Ermittlung des geschätzten Auftragswerts vor. Die Auftraggeberin habe – dokumentiert in den mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellten LM.VM-Unterlagen – auf die in der Praxis etablierten Berechnungsgrundlagen für Generalplanungsleistungen zurückgegriffen und „Benchmark ASFINAG“-Werte sowie projektbezogene Mengengerüste herangezogen. Die Argumentation der Antragstellerin gehe an Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2018 vorbei, soweit sie – losgelöst vom Zeitpunkt der Einleitung – „objektiv richtige“ Einzelansätze ex post behaupte und aus diesen eine neue Median-Grenze konstruiere. Die Bestimmung schütze gerade die Ex-ante-Methodik; sie fordere keine Unfehlbarkeit der Prognose.

5.3 Das Angebot der Antragstellerin weise einen weiteren Ausscheidensgrund auf. Die Antragstellerin habe in den Positionen 2.1 Generalplaner Management 2.b nach VM.GP.2014, 2.2 Objektplanung Architektur nach VM.OA.2014, 2.3 Freianlagen nach VM.FA.2014, 2.4 Tragwerksplanung nach VM.TW.2014, 2.5 Thermische Bauphysik nach VM.BP.2014 und 2.6 Technische Ausrüstung nach VM.TA:2014 bei der Grundleistung sowie den optionalen Leistungen unterschiedliche Nachlässe angeboten. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche in diesem Punkt offenkundig den eindeutigen Ausschreibungsbedingungen und sei auch aus diesem Grund gemäß § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden.

5.3 Das Angebot der Antragstellerin weise einen weiteren Ausscheidensgrund auf. Die Antragstellerin habe in den Positionen 2.1 Generalplaner Management 2.b nach VM.GP.2014, 2.2 Objektplanung Architektur nach VM.OA.2014, 2.3 Freianlagen nach VM.FA.2014, 2.4 Tragwerksplanung nach VM.TW.2014, 2.5 Thermische Bauphysik nach VM.BP.2014 und 2.6 Technische Ausrüstung nach VM.TA:2014 bei der Grundleistung sowie den optionalen Leistungen unterschiedliche Nachlässe angeboten. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche in diesem Punkt offenkundig den eindeutigen Ausschreibungsbedingungen und sei auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 zwingend auszuscheiden.

6. Stellungnahme der Antragstellerin vom 9. März 2026, OZ 13

6. Mit Schriftsatz vom 9. März 2026 nahm die Antragstellerin Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus wie folgt:

6.1 Der Ausscheidensgrund sei nicht bestandsfest festgelegt. Die Medianklausel sei in mehreren Punkten widersprüchlich festgelegt. Es sei möglich, die geschätzte Auftragssumme aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung und jene aus den Ho_LM.VM_ABM_Variante5B_2512 heranzuziehen, die von einander abwichen. Die geschätzte Auftragssumme, die erstmals im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden sei, könne nicht bestandsfest sein. Daher sei die Schätzung des Auftragswerts gemäß § 13 Abs 3 BVergG 2018 rechtlich relevant. Die Schätzung des Auftragswerts sei eine ex-ante Prognose des Auftraggebers, die sachkundig erfolgen müsse. Die Auftraggeberin habe sowohl die Honorarbasis als auch den vermutlich darauf basierenden geschätzten Auftragswert in mehrfach unrichtiger Anwendung der LM.VM vorgenommen. Die Herleitung sei nicht wie für die LM VM erforderlich nach den Kostengruppen aufgeteilt worden, sondern nach ebenfalls falsch ermittelten Gesamtbauwerkskosten ermittelt worden, woraus sich unrichtige Bemessungsgrundlagen ergeben habe. Zudem seien bei der Vergütungsermittlung

unrichtige Faktoren herangezogen worden. 6.1 Der Ausscheidensgrund sei nicht bestandsfest festgelegt. Die Medianklausel sei in mehreren Punkten widersprüchlich festgelegt. Es sei möglich, die geschätzte Auftragssumme aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung und jene aus den Ho_LM.VM_ABM_Variante5B_2512 heranzuziehen, die von einander abwichen. Die geschätzte Auftragssumme, die erstmals im Zuge der Angebotsöffnung bekannt gegeben worden sei, könne nicht bestandsfest sein. Daher sei die Schätzung des Auftragswerts gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2018 rechtlich relevant. Die Schätzung des Auftragswerts sei eine ex-ante Prognose des Auftraggebers, die sachkundig erfolgen müsse. Die Auftraggeberin habe sowohl die Honorarbasis als auch den vermutlich darauf basierenden geschätzten Auftragswert in mehrfach unrichtiger Anwendung der LM.VM vorgenommen. Die Herleitung sei nicht wie für die LM VM erforderlich nach den Kostengruppen aufgeteilt worden, sondern nach ebenfalls falsch ermittelten Gesamtbauwerkskosten ermittelt worden, woraus sich unrichtige Bemessungsgrundlagen ergeben habe. Zudem seien bei der Vergütungsermittlung unrichtige Faktoren herangezogen worden.

6.2 Ausschreibungsunterlagen seien nach dem objektiven Erklärungswert auszulegen. Sie müssten die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen und die Ermittlung der Preise ohne die Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermöglichen. In der von der Auftraggeberin als weiterer Ausscheidensgrund herangezogenen Stelle der Ausschreibung sei je Position ein gemeinsamer Aufschlag oder Nachlass einzusetzen. Das beziehe sich auf jede Position, die mit je einem eigenen Positionspreis anzubieten sei. Es sei kein „Mischsatz“ anzubieten. Für die Grundleistung und die Optionen könnten nicht die selben Aufschläge oder Nachlässe zu kalkulieren sein. Das betreffe insbesondere die „API OPTION“, bei der es sich um eine von der Grundleistung baulich und funktional völlig verschiedene Leistung handle. Die Grundleistung betreffe die Generalplanung mit gestalterischer Begleitung für die ABM Kaisermühlen, also eine Autobahnmeisterei. Demgegenüber handle es sich bei der „OPTION API“ um eine Autobahnpolizeiinspektion und damit um eine grundlegend andere Leistung. Die Projektteile ABM und API seien auch in Teil D.3 Leistungsbeschreibung ausdrücklich voneinander getrennt und würden getrennt geprüft. Bei der Preisbildung seien die „als Option(en) gekennzeichnete Positionen“ ebenfalls heranzuziehen. Konkret zeige sich dies augenscheinlich anhand der Teilleistung Bauphysik, bei der zur Erreichung eines kalkulatorisch richtigen, marktkonformen und nicht spekulativen Preises bei der Grundleistung ein Nachlass von 92,50 % geboten gewesen sei, während bei der API ein Aufschlag von 50 % notwendig gewesen sei. Eine „Mischkalkulation“ entspreche weder den üblichen Grundsätzen der Kalkulation von Planungsleistungen nach den LM.VM, noch sei eine solche vergaberechtskonform. Es dürfe keine Verschiebung von Kosten zwischen den Leistungspositionen stattfinden.

7. Stellungnahme der Auftraggeberin vom 18. März 2026, OZ 18

7. Mit Schriftsatz vom 18. März 2026, beim Bundesverwaltungsgericht am 19. März 2026 eingelangt, nahm die Auftraggeberin erneut Stellung.

7.1 Die Medianklausel in Teil D.1., Punkt 1.1.33 der Ausschreibungsunterlage in Verbindung mit Teil D.1.2, Punkt 1.2.9 der Ausschreibungsunterlage sei bestandsfest. Zur Ermittlung des Medians werde „die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote gem. Angebotsöffnungsprotokoll, [...] herangezogen“. Die Berechnung des Medians sei für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ohne Weiteres zu erkennen gewesen. Es bestehe keine „Mehrdeutigkeit“. Die LM.VM-Aufstellung diene der Darstellung der Kalkulationsgrundlagen für die einzelnen Teilplanungsleistungen und weise die Summe der Planungsleistungen aus. Der im Angebotsöffnungsprotokoll ausgewiesene geschätzte Auftragswert von € 3.480.027,82 sei die für die Medianberechnung maßgebliche Größe, wie sich zweifelsfrei aus der bestandsfesten Medianklausel ergebe. Er enthalte ua auch die Positionen für BIM. Die Bestandsfestigkeit umfasse nicht bloß den Wortlaut der Medianklausel an sich, sondern auch die Tatsache, dass den Medianklauseln der geschätzte Auftragswert gemäß Öffnungsprotokoll zugrunde gelegt werde. Die Antragstellerin habe diese Systematik während der Angebotsfrist nicht angefochten. Diese Praxis entspreche anerkannten Bewertungsmodellen im Vergaberecht. Bei Preisformeln relativ zum billigsten Angebot kenne der Bieter vor Angebotsabgabe die Preise der Mitbieter nicht. Die Formel relativ zum billigsten Preis sei dennoch transparent. Qualitative Zuschlagskriterien würden bestandsfest, auch wenn die Bewertung erst nach Ablauf der Angebotsfrist erfolge. Im Sinne der Transparenz müssten die exakten Bezugswerte nicht vorab bekannt sein. Es lasse sich keine Verpflichtung zur allumfassenden Vorhersehbarkeit aller „Konsequenzen“ einer Angebotslegung ableiten. Maßgeblich sei, dass (a) die Modalität der Prüfung klar, genau und eindeutig in der Ausschreibung festgelegt sei, (b) die

zugrunde gelegte Referenzgröße vor Einleitung des Verfahrens ex ante sachkundig ermittelt, fixiert und dokumentiert worden sei und (c) der maßgebliche numerische Wert zu dem Zeitpunkt offengelegt werde, zu dem er rechtlich relevant werde, nämlich mit dem Angebotsöffnungsprotokoll.

7.2 Die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes stelle eine Ex-ante-Prognose des Auftraggebers dar. Eine nachträgliche Korrektur anhand der abgegebenen Angebote sei gerade nicht vorgesehen und würde dem Zweck der Regelung widersprechen. Die Auftraggeberin habe auf die in der Praxis etablierten Berechnungsgrundlagen für Generalplanungsleistungen zurückgegriffen und „Benchmark ASFINAG“-Werte sowie projektbezogene Mengengerüste herangezogen. Die daraus abgeleiteten Planungs- und Honorarbasiswerte seien im Vergabeakt niedergelegt und bildeten die Grundlage des im Öffnungsprotokoll ausgewiesenen geschätzten Werts. Der geschätzte Auftragswert sei somit bereits zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung im Verfahren fixiert und dokumentiert gewesen. Die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kalkulationsvorgaben hätten für alle Bieter gleichermaßen gegolten. Soweit die Antragstellerin eigene Ex-post-Berechnungen mit alternativen Bemessungsgrundlagen und Prozentsätzen anstelle, um einen niedrigeren geschätzten Auftragswert zu konstruieren, sei dieses Vorbringen systematisch verfehlt. § 13 Abs 3 BVergG 2018 verlange eine sachkundige Ermittlung des geschätzten Auftragswerts vor Einleitung des Verfahrens; es handle sich um eine Prognoseentscheidung ex ante. Eine Ex-post-Korrektur anhand späterer Angebotsergebnisse sei systemwidrig. Die von der Antragstellerin präsentierten Alternativrechnungen belegten keine methodische Unsachlichkeit der Schätzung durch die Auftraggeberin, sondern illustrierten lediglich eine andere (Ex-post) Wertung.

7.3 Die Auslegung der Antragstellerin zu Aufschlag / Nachlass in Teil D.5 Leistungsverzeichnis widerspreche dem objektiven Erklärungswert. In den Positionen 2.1 bis 2.6 sei jeweils ein Feld dafür vorgesehen. Die Formulierung „gemeinsamer Aufschlag / Nachlass“ sei eindeutig dahingehend zu verstehen, dass innerhalb einer Position – bestehend aus Grundleistung, Option ABM und Option API – ein und derselbe Prozentsatz anzusetzen sei. Eine andere Auslegung sei vollkommen sinnentleert und obsolet. Ausschreibungsfestlegungen seien nicht dahingehend zu interpretieren, dass ein Auftraggeber inhaltsleere Festlegungen treffe. Unterschiedliche Aufschläge und Nachlässe seien nicht „gemein

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at