

# TE Verg Bescheid 2011/2/4 N/0099-BVA/11/2010-18

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.02.2011

## Norm

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und DI Dr. Heinz Stiefelmeyer als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Alpenstraßen GmbH, 6020 Innsbruck, Rennweg 10a, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 25.11.2010 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26.11.2010), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und DI Dr. Heinz Stiefelmeyer als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Alpenstraßen GmbH, 6020 Innsbruck, Rennweg 10a, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 25.11.2010 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26.11.2010), wie folgt entschieden:

### Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, das mit Schreiben vom 19.11.2010 bekannt gegebene Ausscheiden des Angebotes der A\*\*\* für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin auftragen, die von uns bezahlten Pauschalgebühren in Höhe von € 3.891,00,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen unseres Rechtsvertreters X\*\*\*, zu ersetzen", wird abgewiesen.

## Begründung

Die Auftraggeberin schrieb das Vergabeverfahren betreffend "A 12 Inntalautobahn, A 13 Brennerautobahn, S 16 Arlberg Schnellstraße - Leitschienensicherheitsausbau 2010" im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich aus.

Für den Zuschlag soll das Billigstbieterprinzip gelten. Das Leistungsverzeichnis ist in drei Obergruppen eingeteilt (Obergruppe 1: A 12 Inntalautobahn, Obergruppe 2: A 13 Brennerautobahn sowie Obergruppe 3: S 16 Arlberg Schnellstraße). In jeder dieser Obergruppen findet sich die Leistungsgruppe 23, "Straßenausrüstung". Zu dieser Obergruppe werden die Leitschienen bzw. "Fahrzeugrückhaltesysteme (FRS)" ausgeschrieben. Die Ausschreibung nimmt Bezug auf die einschlägigen technischen Normen, wie insbesondere RVS 05.02.31 "Anforderung und Aufstellung Verkehrsführung Leiteinrichtung und Rückhaltesysteme" bzw. RVS 08.23.05 "Technische Vertragsbedingungen Straßenausrüstungen Rückhaltesysteme Leitschienen aus Stahl" bzw. ÖNORM EN 1317-1 (Ausgabe 2010-10.01 Rückhaltesysteme an Straßen).

Die Antragstellerin beteiligte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren und wurde mit Telefax vom 19.11.2010 durch die Auftraggeberin dahingehend informiert, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als der Ausschreibung widersprechend auszuschneiden sei. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin begründend ausführt, sie habe das System "B\*\*\*\*" bzw "B\*\*\*\*" mit der Ergänzung "sh. Liste C\*\*\* Einsatzfreigaben" geboten. Dem Leistungsverzeichnis sei kein bestimmtes Produkt zu entnehmen gewesen, es sei nicht einmal ein Leitprodukt durch die Auftraggeberin vorgegeben worden. Hätte die Antragstellerin eine Reduktion der Übergangsstücke gefordert, hätte die Auftraggeberin zwingend den bestehenden Bestand, nämlich die bestehenden D\*\*\*, vorgeben müssen. Die Reduktion der Übergangsstücke lasse sich im Hinblick darauf, dass der derzeitige Bestand nahezu ausschließlich aus D\*\*\* bestehe, nur durch die Vorgabe der D\*\*\* als vorgegebenes Produkt im Leistungsverzeichnis bzw zumindest als Leitprodukt mit der Anforderung der Gleichwertigkeit mit hinreichender Deutlichkeit erzielen. Das Leistungsverzeichnis selbst sehe in Summe 65 Übergangsstücke vor. Die Auftraggeberin sei von einem Übergang vom Bestand auf ein anderes System ausgegangen und habe dies auch so ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe entsprechende Übergangsstücke angeboten. Die Antragstellerin beteiligte sich am gegenständlichen Vergabeverfahren und wurde mit Telefax vom 19.11.2010 durch die Auftraggeberin dahingehend informiert, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG als der Ausschreibung widersprechend auszuschneiden sei. Gegen diese Ausscheidensentscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag, in welchem die Antragstellerin begründend ausführt, sie habe das System "B\*\*\*\*" bzw "B\*\*\*\*" mit der Ergänzung "sh. Liste C\*\*\* Einsatzfreigaben" geboten. Dem Leistungsverzeichnis sei kein bestimmtes Produkt zu entnehmen gewesen, es sei nicht einmal ein Leitprodukt durch die Auftraggeberin vorgegeben worden. Hätte die Antragstellerin eine Reduktion der Übergangsstücke gefordert, hätte die Auftraggeberin zwingend den bestehenden Bestand, nämlich die bestehenden D\*\*\*, vorgeben müssen. Die Reduktion der Übergangsstücke lasse sich im Hinblick darauf, dass der derzeitige Bestand nahezu ausschließlich aus D\*\*\* bestehe, nur durch die Vorgabe der D\*\*\* als vorgegebenes Produkt im Leistungsverzeichnis bzw zumindest als Leitprodukt mit der Anforderung der Gleichwertigkeit mit hinreichender Deutlichkeit erzielen. Das Leistungsverzeichnis selbst sehe in Summe 65 Übergangsstücke vor. Die Auftraggeberin sei von einem Übergang vom Bestand auf ein anderes System ausgegangen und habe dies auch so ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe entsprechende Übergangsstücke angeboten.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin, dass nach "B2 Baubeschreibung", Seite 5, "Systemübergänge unzulässig wären", ergebe sich dies nicht einmal aus dem Wortlaut. Diese Vorgabe sei weich formuliert und nicht als zwingendes Musskriterium definiert. Es sei die Rede von "möglichst zu vermeiden", ohne dass eine maximale Anzahl der Übergangsstücke bzw. die Sanktion des Ausscheidens definiert werde. Schon dieser Wortlaut spreche gegen die nunmehrige Ausscheidenssanktion. Nach B3, Seite 41 (welcher dem Punkt B2 übergeordnet sei) lasse die Auftraggeberin Übergänge selbst zu. Sie lasse sogar einen Wechsel unterschiedlicher Herstellerprodukte bei der Lieferung und Montage der Leitschienen für den Lückenschluss zu. Nach der Ausschreibung wäre es sogar zulässig, wenn die Antragstellerin unterschiedliche Hersteller angeboten und dadurch in ihrem Angebot einen zusätzlichen Übergang vorgesehen hätte. Die Antragstellerin habe jedoch einheitlich das Produkt B\*\*\*\* angeboten, sodass es in ihrem Angebot zu keinem einzigen Übergang gekommen sei und sei sie gerade dadurch der Anforderung gemäß B2 nach einer möglichststen Reduktion an Übergangsstücken nachgekommen. Eine weitere Reduktion der Übergangsstücke

sei nicht möglich bzw. erfordere die zwingende Vorgabe des D\*\*\*. Systemwechsel vom Bestand zum ausgeschriebenen Lückenschluss seien durch die Ausschreibung systembedingt und der Antragstellerin nicht vorzuhalten.

Die Auftraggeberin habe zu Recht nicht das D\*\*\* vorgegeben, da die Vorgabe inländischer Produkte gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen würde. Die Antragstellerin sei daher berechtigt gewesen, auch das italienische Leitschienensystem B\*\*\* anzubieten. Wenn die Auftraggeberin über den Weg der Vorgabe einer möglichen Reduktion der Systemwechsel das B\*\*\* ausschließe, habe dies de facto die Bedeutung, dass ausschließlich das österreichische D\*\*\* angeboten werden dürfe. Eine derartige Vorgabe sei jedoch unzulässig, da es sich dabei um eine versteckte Diskriminierung handle. Beide Leitschienensysteme würden die gleiche Sicherheitstechnik bieten und entsprächen den geforderten Normen. Im Hinblick darauf, dass eine Vorgabe eines österreichischen Leitschienensystems eine unzulässige Diskriminierung sei, gebiete auch der Grundsatz der gemeinschafts- und vergaberechtskonformen Auslegung der Ausschreibungsunterlagen, dass B2 in dem Sinn zu verstehen sei, wie die Regelung von der Antragstellerin auch verstanden worden sei.

Da das von der Antragstellerin gebotene Leitschienensystem B\*\*\* nicht den Ausschreibungsbedingungen widerspreche, sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig. Die Antragstellerin habe durch die Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag dokumentiert. Im Zusammenhang mit ihrer Angebotslegung seien ihr Kosten in Höhe von EUR 2.000,-- entstanden.

Mit Stellungnahme vom 02.12.2010 brachte die Auftraggeberin vor, Ziel der gegenständlichen Auftragsvergabe sei es, basierend auf einer Studie zur Steigerung der Sicherheit im Straßenverkehr, die in Zusammenarbeit mit der E\*\*\* erarbeitet worden sei, die im Straßennetz der Auftraggeberin bestehenden Leitschienensysteme vor Ort zu adaptieren bzw. zu erweitern. Im Zuge der ausgeschriebenen Baumaßnahmen sollen unter anderem Abstände (Lücken) zwischen bestehenden Leitschienen geschlossen werden, wenn diese Lücken geringer als 150 Meter sind. Auf dem Straßennetz der Auftraggeberin befänden sich unterschiedliche Leitschienensysteme von verschiedenen Herstellern mit verschiedenen Eigenschaften. Diese Systeme seien nach Fabrikaten (zB. D\*\*\*, B\*\*\*, F\*\*\* etc.), nach Rückhalteklassen und nach Wirkungsbereichen etc. unterschiedlich. Im verfahrensgegenständlichen Bereich bestünde der Leitschienenbestand zu 96% aus Leitschienen der Type D\*\*\*. Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot ausschließlich Leitschienen der Type B\*\*\* angeboten.

Die ausgeschriebene Baumaßnahme umfasse im Wesentlichen die Herstellung von Fahrzeugrückhaltesystemen im Bereich der A12 Inntalautobahn, A13 Brennerautobahn und S16 Arlbergschnellstraße. In den Ausschreibungsunterlagen (Punkt 2.2.2 in Teil B.2) sei vom Ausschreibungsersteller auch darauf hingewiesen worden, dass im Netz der Auftraggeberin unterschiedliche Leitschientypen vorhanden seien und dass Systemübergänge möglichst zu vermeiden seien.

Bei der Erstellung des Angebotes seien die Anforderungen der gesamten Ausschreibung mit all ihren Bestandteilen (B.1 bis B.6) zu berücksichtigen. Diese Anforderungen seien unter anderem auch in der Baubeschreibung (Teil B.2) und in den technischen Vertragsbestimmungen (Teil B.3) klar definiert (Punkt 2.3).

In der Baubeschreibung (Teil B. 2) und in den technischen Vertragsbestimmungen (Teil B.3) sei festgehalten, dass Übergänge beim Lückenschluss der bestehenden Leitschienen möglichst zu vermeiden seien. Dieser Festlegung habe das Angebot der Antragstellerin widersprochen, da die Antragstellerin in ihrem Angebot lediglich vier Übergänge vermieden habe. Sie sei daher mit Schreiben vom 19.11.2010 ausgeschieden worden. Aus dem Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen im Teil B.2.2.2.2 sei zweifelsfrei zu erkennen, dass die Lückenschlüsse bei den Leitschienen mit dem angrenzenden System auszuführen seien und Systemübergänge möglichst zu vermeiden seien. Es handle sich bei dieser Bestimmung um eine Mussbestimmung. Ein redlicher und verständiger Dritter könne die Festlegung, dass Systemübergänge möglichst zu vermeiden seien, nur so verstehen, dass Lückenschlüsse in größtmöglichem Ausmaß mit dem angrenzenden Leitschienensystem vorzunehmen seien.

Übergänge seien überall dort zulässig, wo diese, weil eine Lücke zwischen unterschiedlichen Leitschienensystemen bestehe, erforderlich seien. Treffe der Auftragnehmer bei einer zu schließenden Lücke auf zwei unterschiedliche Leitschienensysteme so sei dieser Lückenschluss mit dem anschließenden System der niedrigeren Aufhaltestufe auszuführen (Punkt 2.2.2 im Teil B.2). Obwohl die Antragstellerin gewusst habe, dass der Bestand der Leitschienensysteme beinahe ausschließlich aus D\*\*\* bestehe und Übergänge gemäß der Ausschreibung möglichst zu

vermeiden seien, habe sie in ihrem Angebot ausschließlich B\*\*\* angeboten. Im Aufklärungsgespräch vom 28.10.2010 habe die Antragstellerin bestätigt, dass sie die Lückenschlüsse ausschließlich mit dem Produkt B\*\*\* ausführen werde. Lediglich wenn für die Anfangselemente mit Verziehung in den Böschungsbereich kein Nachweis für die Einbautauglichkeit möglich sein sollte, werde mit dem bestehenden Leitschienensystem verlängert. Damit habe die Antragstellerin eindeutig erklärt, dass sie Systemübergänge grundsätzlich nicht mit dem bestehenden System ausführe, sondern nur im Ausnahmefall beabsichtige, für die Lückenschlüsse die bestehenden Systeme zu verwenden.

Die Auftraggeberin habe erhoben, wie viele Übergangsstücke notwendig seien, wenn man nur an den notwendigen Stellen, an welchen eine Lücke zwischen zwei unterschiedlichen Leitschienensystemen zu schließen bzw. ein Anfangselement verlängert und in die Böschung zu verziehen sei, Übergänge vornähme. Die Auftraggeberin sei dabei auf einen Mindestbedarf an Übergängen von 5 Stück gekommen. Beim Angebot der Antragstellerin, die ausschließlich das Leitschienenprodukt B\*\*\* angeboten habe, wären etwa 89 Übergangsstücke notwendig. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum die Antragstellerin glaube, der Mussbestimmung im Teil B.2.2.2.2 der Ausschreibung nachgekommen zu sein, dass Übergangsstücke möglichst zu vermeiden seien.

Die Ausschreibungsunterlagen sähen vor, dass Systemübergänge möglichst zu vermeiden seien. Da jedoch nicht ausgeschlossen werden könne, dass ein Systemwechsel erforderlich sei, gebe die Bestimmung im Teil B.3, Seite 41 der Ausschreibung vor, wie die Kosten für solche zusätzlichen Übergangskonstruktionen bzw. Überlappungen mit Anfangs- und Endelementen zu kalkulieren seien. Es handle sich dabei um eine bloße Vergütungsbestimmung, die nicht auf eine generelle Zulässigkeit von Systemwechseln in beliebiger Anzahl schließen lasse. Die Auftraggeberin wies darüber hinaus auf die RVS 5.02.31 hin. Diese enthalte in Punkt

4.2.3.3 (Übergangskonstruktionen) Bestimmungen, wonach Systemwechsel und damit verbundene Übergangskonstruktionen möglichst zu vermeiden seien.

Man habe auch eine Stellungnahme des C\*\*\* eingeholt mit dem Ergebnis, dass das C\*\*\* die Ansicht vertreten habe, Übergangskonstruktionen von verschiedenen Herstellern seien noch nicht geprüft und stellten daher eine Schwachstelle von FRS dar. Dem C\*\*\* erscheine es daher nicht zweckmäßig, Lücken mit nicht baugleichen FRS zu schließen. Gemäß den Ausführungen des C\*\*\* sei die Festlegung der Vermeidung von Übergängen auch aus Sicherheitsgründen erforderlich, da Übergänge sogar als Schwachstelle eines Rückhaltesystems zu qualifizieren seien. Das Argument der Sicherheit sowie einer Haftung der Auftraggeberin als Autobahnbetreiber für Sicherheitsmängel rechtfertigten die Vermeidung solcher Übergänge und damit auch die Festlegung, ein bestimmtes System (zumindest möglichst) anzubieten.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2011 erstattete die Antragstellerin eine Replik zu den Ausführungen der Auftraggeberin und brachte vor, den RVS 05.02.31 seien keine Aussagen in Bezug auf Hersteller bedingte Systemwechsel zu entnehmen. auch dem Schreiben des C\*\*\* sei zu entnehmen, dass Systeme unterschiedlicher Werkstoffe bzw. verschiedener Hersteller möglich seien. Weder dem Leistungsverzeichnis noch den sonstigen Ausschreibungsbedingungen sei zu entnehmen, dass Leitschienen des Herstellers D\*\*\* zu liefern und einzubauen seien. Das D\*\*\* sei auch nicht als Leitprodukt definiert. Dem Leistungsverzeichnis selbst seien 67 Übergangsstücke zu entnehmen. Der Baubeschreibung Pkt. 2.2.2 sei hingegen nicht zu entnehmen, dass sie sich auf Produkte unterschiedlicher Hersteller beziehe und Leitschienen unterschiedlicher Hersteller verbiete. In der Bestimmung werde nur von "System" bzw. "Systemübergängen" gesprochen, nicht jedoch davon, dass Leitschienen unterschiedlicher Hersteller nicht zum Einsatz kommen dürften. Pkt. 2.2.2. beziehe sich lediglich auf technische, funktionelle bzw. bauartmäßige Unterschiede.

In der mündlichen Verhandlung vom 31.01.2011 bestritt I\*\*\* (AG) ausdrücklich das Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Ausschreibungsunterlagen diskriminierende Bestimmungen enthalten würden. Es habe auch keine Bieteranfrage zu den Ausschreibungsunterlagen gegeben, wonach die anzubietenden Systeme gerügt worden wären.

Hinsichtlich der Funktionsweise von Leitschienen führte J\*\*\* (AG) aus, dass es sich bei Leitschienen um sogenannte passive Fahrzeugrückhaltesysteme (FRS) an der Straße handle, die sowohl im Randbereich wie auch in der Mitte zur Trennung der Fahrtrichtungen an Autobahnen eingesetzt würden. Das vorliegende Projekt ziele auf sicherheitsverbessernde Maßnahmen ab und würden Lücken in den Randabsicherungen durch das Projekt geschlossen. Leitschienen bewirkten bei einem Unfallereignis einerseits, dass die Fahrzeuge in Fahrtrichtung geleitet werden, zum anderen stelle eine wesentliche Funktion die sogenannte Zugbandwirkung dar. Eine wesentliche Voraussetzung für eine funktionierende Zugbandwirkung sei, dass das Leitschienenband als homogenes Linienelement

wirken könne und Unstetigkeiten möglichst vermieden werden könnten. Solche Unstetigkeiten stellten z.B. Stöße und Übergangselemente unterschiedlicher Leitschienensysteme dar. Nachdem Übergangsstücke, die unterschiedliche Systeme verbinden, solche Unstetigkeiten darstellten und diese mittels Anschlüssen an beide Seiten zu verbinden seien, schreibe die anzuwendende RVS vor, dass Übergänge möglichst zu vermeiden sind.

Auf die Frage, ob sich Systemübergänge auf unterschiedliche Fabrikate oder auf unterschiedliche Bau- bzw. Funktionsweisen von FRS bezögen, erklärte Herr Kirchmair, dass Übergangsstücke notwendig seien, wenn unterschiedliche Leitschienen miteinander verbunden werden müssten. Dies beziehe sich jedoch nicht nur auf unterschiedliche Fabrikate, sondern auch auf unterschiedliche Leitschienenbänder unterschiedlicher Hersteller. Übergangsstücke vom Bestandssystem zu einem neu zu errichtenden FRS wären immer dann notwendig, wenn unterschiedliche Profile der Leitschienenbänder eingebaut werden sollten. Unterschiede in den verwendeten Profilen ergäben sich aus dem angebotenen Leitschienenband. Diese Unterschiedlichkeit resultiere nicht nur aus dem Angebot eines unterschiedlichen Herstellerproduktes, sondern es sei auch möglich, dass ein und derselbe Hersteller unterschiedliche Profile erzeuge und anbiete. Würde ein Bieter nur D\*\*\* anbieten, jedoch mit einem anderen Profil, würde es auch in einem solchen Fall notwendig sein, Übergangsstücke zu montieren. Die Antragstellerin habe das System B\*\*\* angeboten und benötige daher überall Übergangsstücke. Hätte ein Bieter das System D\*\*\* geboten, hätte er zwar ebenfalls Übergangsstücke benötigt, dies jedoch bei Anwendung des gleichen Profils vermeiden können. Leitschienenprofile seien EU-weit nicht genormt. Würde ein Hersteller dasselbe Profil wie im Bestand erzeugen, würde man auch bei Montage dieses Produkts Übergangsstücke vermeiden. Würde B\*\*\* die gleichen Profile wie im Bestand vorhanden erzeugen, würde man Übergangsstücke vermeiden. Es seien weder die Profile noch die Produkte in der Ausschreibung spezifiziert worden. Es seien lediglich die technischen Daten und die gewünschte Wirkungsweise festgelegt worden.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin, X\*\*\*, replizierte, dass selbst im derzeitigen D\*\*\* unterschiedliche Profile vorhanden seien, die mehrere Übergangsstücke benötigten. Daher habe auch die Auftraggeberin in der Ausschreibung bereits 67 Übergangsstücke ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe auch aus diesem Grund die Ausschreibung nie dahin gehend verstanden, dass ausschließlich D\*\*\* - Produkte anzubieten seien. Auf dem europäischen Markt hätte jeder Hersteller seine eigenen Profile, die die technischen Anforderungen zwar gleichermaßen erfüllten, sich jedoch in Nuancen unterschieden.

G\*\*\* (ASt) führte zum Thema Leitschienen und Übergangsstücke aus, dass Leitschienensysteme generell über eine definierte Prüflängende definiert und zugelassen seien. Für Übergangsstücke unterschiedlicher Leitschienensysteme gebe es keine technischen Erfordernisse (auch nicht in der RVS).

J\*\*\* (AG) erklärte, dass die Auftraggeberin errechnet habe, dass im Falle der hundertprozentigen Montage des Systems B\*\*\* 89 Übergangsstücke von insgesamt 93 durch die Antragstellerin auszuführen wären.

G\*\*\* (ASt) hatte bereits zuvor auf Befragen angegeben, für das von der Antragstellerin gebotene System 50 - 70 Übergangsstücke zu benötigen.

J\*\*\* (AG) erklärte zum Ergebnis des Aufklärungsgespräches, dass die Antragstellerin lediglich für die Sondersituation, dass bei aufsteigender Böschung Übergangsstücke seitlich verzogen um die Böschung montiert werden müssten, zugesagt habe, Übergangsstücke des bestehenden Systems zur Anwendung zu bringen. Aus dem Aufklärungsgespräch habe sich jedoch für die Auftraggeberin nicht ableiten lassen, wie viele Übergangsstücke von der Antragstellerin konkret geboten würden.

G\*\*\* (ASt) bestätigte, dass die Zahl von 50 - 70 Übergangsstücken, die nach Ansicht der Antragstellerin bei Montage des von ihr angebotenen Systems B\*\*\* notwendig seien, im Rahmen des Aufklärungsgespräches nicht konkretisiert worden sei.

J\*\*\* (AG) erklärte, in der Ausschreibung seien 67 Übergangsstücke ausgeschrieben worden. Dabei handle es sich um eine geschätzte Zahl, um einen Preis des Bieters für eine von ihm geschätzte Anzahl der Übergangsstücke zu erhalten. Die Anzahl von Übergangsstücken sei abhängig vom angebotenen System. Aus der Ausschreibung lasse sich jedoch keine Anzahl von Übergangsstücken abschätzen. Leitschienensysteme unterlägen einer technischen Überprüfung nach EN1317 (Normenreihe). Der Auftraggeberin sei bekannt, dass die D\*\*\* Leitschienenprofile herstelle, die den bestehenden entsprächen. Die Intention der Ausschreibung sei es, möglichst solche Profile einzubauen, die Übergangsstücke vermeiden. Dies sei nicht durchgängig möglich, was der Auftraggeberin auch bei der Ausschreibung

durchaus bewusst gewesen sei.

X\*\*\* wies darauf hin, dass es Übergangsstücke bei Systemübergängen auch beim D\*\*\* - System gebe. Dieses Problem stelle sich nicht nur beim von der Antragstellerin gebotenen System B\*\*\*. Zu Beilage 2 des Schriftsatzes der Auftraggeberin betreffend das Schreiben des C\*\*\*, sei darauf hinzuweisen, dass auch der Arbeitsausschuss des C\*\*\*, durchaus anerkenne, dass unterschiedliche Systeme unterschiedlicher Hersteller beim Lückenschluss zum Einsatz kommen könnten. Im Falle der technischen Gleichwertigkeit solle das wirtschaftlichere System zum Einsatz kommen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.). Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.).

Das vorliegende Vergabeverfahren ist dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der im Rahmen eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Zu Spruchpunkt 1.:

Vorauszuschicken ist, dass die Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes ausschließlich auf der Grundlage der Ausschreibung zu erfolgen hat, welche durch die Bieter nicht bekämpft wurde und daher präkludiert ist.

Die Ausschreibung legt unter B.2 Baubeschreibung Punkt 2.2. wie folgt fest:

"Durch den Ausschreiber wird darauf hingewiesen, dass im Netz der ASFINAG unterschiedliche Leitschientypen vorhanden sind.

Aus diesem Grund gelten folgende besondere Umstände:

... Lückenschlüsse (L < 150m) sind mit dem anschließenden System

der niedrigeren Aufhaltestufe auszuführen, es ist jedoch mindestens die Rückhaltestufe H2 zu versetzen und es muss zumindest die Prüflänge der Rückhalteklasse gegeben sein - Systemübergänge sind möglichst zu vermeiden."

Im Leistungsverzeichnis ist unter Punkt 23 (Seite 43) bezüglich der Fahrzeugrückhaltesysteme (FRS) festgelegt, dass den entsprechenden Unterleistungsgruppen die RVS 05.02.31 "Leiteinrichtungen Fahrzeugrückhaltesysteme" sowie die RVS 15.04.71 "Brückenausrüstung vertikale Leiteinrichtungen" zu Grunde liegen.

In der RVS 05.02.31 ist unter Punkt 4.2.3.3 "Übergangskonstruktionen" Folgendes festgelegt:

"Übergangskonstruktionen verbinden FRS unterschiedlicher Bauart und/oder Funktionsweise.

Systemwechsel und damit verbundene Übergangskonstruktionen sind möglichst zu vermeiden.

Übergangskonstruktionen sind so auszubilden, dass eine durchgehende Zugbandwirkung gewährleistet und ein kontinuierliches Entlanggleiten des Fahrzeuges möglich ist. Der unterschiedlichen Wirkungsweise beider zu verbindenden Systeme ist durch geeignete konstruktive Maßnahmen Rechnung zu tragen."

Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 uva.). Die allgemeinen für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB

sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20, BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24, BVA 12.5.2009 N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110- BVA/09/2009-28 uva.).

Aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (H\*\*\* gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28 u.a.] ergibt sich aus der vorliegenden im Zusammenhalt zu lesenden präkludierten Ausschreibung klar, dass Systemwechsel durch die Auftraggeberin zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen wurden. Trotzdem ergibt eine Interpretation der Ausschreibung eindeutig, dass es der Auftraggeberin ein Anliegen war, bei der Umsetzung des gegenständlichen Projektes Systemübergänge tunlichst zu vermeiden.

Auch in der mündlichen Verhandlung vom 31.01.2011 bestätigte der Vertreter der Auftraggeberin, J\*\*\*, dass es Intention der Ausschreibung sei, Übergangsstücke zu vermeiden, da dies auch einer Empfehlung des C\*\*\* (Beilage./2 zu OZ 7) entspreche. Dies insbesondere auch aus dem Grund, als es derzeit keine gültige technische Zulassung für Übergangsstücke durch das Bundesministerium gibt.

Wie dem mit der Antragstellerin am 28.10.2010 geführten Aufklärungsgespräch im Zusammenhalt mit dem von der Antragstellerin gelegten Angebot zu entnehmen ist, beabsichtigt diese grundsätzlich, das System B\*\*\* H2 W5-a (3n24872) für die Lückenschlüsse und Anfangselemente einzusetzen. So führt die Antragstellerin in Beantwortung der Frage 2 ["- Angaben zum FRS System (Freigabe C\*\*\*) und Lückenschlüsse (Systemübergang) sowie Anfangselement]" Folgendes aus:

"Grundsätzlich ist vorgesehen folgende Systeme einzusetzen:

B\*\*\* H2 W5-a(3n24872)-Zulassung mit 328.040/0002-II/ST2/04 H4b (3n31679) (ersetzt H3-Vorgriff auf EU Vorgabe 2011)- Zulassung mit 328.040/0013-II/ST/10

Die Lückenschlüsse und Anfangselemente sollen im System B\*\*\* erfolgen. Sollte für die Anfangselemente mit Verziehung in den Böschungsbereich kein Nachweis für die Einbautauglichkeit möglich sein, wird mit dem best. FRS System verlängert."

Die Antragstellerin bestätigt sohin ausdrücklich, dass sie grundsätzlich das Produkt B\*\*\* für die Lückenschlüsse einsetzen möchte und nur im Ausnahmefall das bestehende FRS-System (D\*\*\*) einzusetzen beabsichtigt.

Im Rahmen der am 31.01.2011 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde vom Vertreter der Auftraggeberin, J\*\*\*, erklärt, dass es nach den Berechnungen der Auftraggeberin bei hundertprozentiger Montage des von der Antragstellerin angebotenen Systems "B\*\*\*" notwendig wäre, 89 von insgesamt 93 möglichen Übergangsstücken auszuführen. Im Gegenzug erklärte der Vertreter der Antragstellerin, G\*\*\*, dass für das angebotene System "B\*\*\*" lediglich 50 -70 Übergangsstücke benötigt würden. Wie dem Protokoll über das Ergebnis des mit der Antragstellerin geführten Aufklärungsgesprächs zu entnehmen ist und wie auch von G\*\*\* in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt wurde, wurde die Zahl von 50-70 Übergangsstücken von der Antragstellerin im Rahmen des Aufklärungsgesprächs gegenüber der Auftraggeberin jedoch nie konkretisiert. Die Antragstellerin bestätigte im Aufklärungsgespräch vielmehr, sie plane grundsätzlich das Produkt "B\*\*\*" zu montieren und nur, wenn es nicht anders möglich wäre, das bestehende System (D\*\*\*) zu verlegen.

Auch der Ausschreibungsunterlage B3 "Technische Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau", Seite 41 ist, entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Meinung, nicht zu entnehmen, dass die Auftraggeberin von ihrer allgemeinen Anforderung, dass nämlich Systemwechsel möglichst zu vermeiden sind, abrücken würde. Vielmehr handelt es sich bei dieser Bestimmung, wie auch die Auftraggeberin richtig ausführt, um eine bloße

Kostenersatzregelung. Die Auftraggeberin hat, wie die Antragstellerin richtig vorbringt und was auch von der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt wurde, grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass auch Produkte verschiedener Hersteller zum Einsatz kommen könnten. Gleichzeitig hat sie jedoch eindeutig festgelegt, dass Systemwechsel und damit verbundene Übergangskonstruktionen möglichst zu vermeiden sind. Dass dies auch technisch möglich ist, hat der Vertreter der Auftraggeberin, J\*\*\*, in der mündlichen Verhandlung glaubhaft und nachvollziehbar ausgeführt. So erklärte er, dass auch ein Bieter des Systems D\*\*\* möglicherweise Übergangsstücke benötigen würde, dies jedoch bei Anwendung des gleichen Leitschienenprofils vermeiden könne. Leitschienenprofile sind laut Aussage von J\*\*\* nicht EU - weit genormt. Würde "B\*\*\*" die gleichen Leitschienenprofile wie im Bestand vorhanden erzeugen, könnte man auch bei der Montage dieses Systems Übergangsstücke vermeiden. In der Ausschreibung wurden weder die Leitschienenprofile noch die Produkte spezifiziert. Lediglich die technischen Daten sowie die von der Auftraggeberin gewünschte Wirkungsweise wurden festgelegt. Diesen technischen Ausführungen ist die Antragstellerin nicht entgegengetreten, sondern stehen diese Aussagen vielmehr im Einklang mit dem von der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen erstatteten Vorbringen.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 27.01.2011 (OZ 14) darauf hinweist, dass die Auftraggeberin selbst im Leistungsverzeichnis 67 Übergangsstücke ausgeschrieben hat, so ist ihr zu entgegnen, dass sie es im Rahmen des Aufklärungsgespräches offensichtlich unterlassen hat, der Auftraggeberin gegenüber die Zahl jener Übergangsstücke zu benennen, die bei Realisierung ihres Angebotes tatsächlich nötig sein würden. Dies wurde vom Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung auch bestätigt. Die Auftraggeberin konnte sohin zu Recht davon ausgehen, dass beim von der Antragstellerin vorgelegten Angebot 89 Übergangsstücke von insgesamt 93 Übergangsstücken zu montieren sein würden.

Im Widerspruch zu den eindeutigen Festlegungen in der Ausschreibung hat die Antragstellerin, wie auch aus der Fragebeantwortung im Rahmen des Aufklärungsgespräches ersichtlich ist, nicht versucht, Systemwechsel zu vermeiden, sondern vielmehr die Anforderungen der Ausschreibung in das Gegenteil verkehrt. Indem sie den Systemwechsel durch das Angebot des Produktes B\*\*\* in ihrem Angebot zur Regel macht erklärt sie die Vermeidung des Systemwechsels zur Ausnahme. Das Angebot der Antragstellerin widerspricht somit den Festlegungen in der Ausschreibung und wurde durch die Auftraggeberin zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Im Widerspruch zu den eindeutigen Festlegungen in der Ausschreibung hat die Antragstellerin, wie auch aus der Fragebeantwortung im Rahmen des Aufklärungsgespräches ersichtlich ist, nicht versucht, Systemwechsel zu vermeiden, sondern vielmehr die Anforderungen der Ausschreibung in das Gegenteil verkehrt. Indem sie den Systemwechsel durch das Angebot des Produktes B\*\*\* in ihrem Angebot zur Regel macht erklärt sie die Vermeidung des Systemwechsels zur Ausnahme. Das Angebot der Antragstellerin widerspricht somit den Festlegungen in der Ausschreibung und wurde durch die Auftraggeberin zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden.

Zu Spruchpunkt 2.:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

**Zuletzt aktualisiert am**

27.07.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)