

TE Verg Bescheid 2009/5/27 N/0053-BVA/11/2009-5EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.2009

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über den Antrag der A***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "A22 Donauufer Autobahn, AS Strebersdorf, Bauleistung und E&M (Teilvergaben)" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, über den Antrag der A***, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "A22 Donauufer Autobahn, AS Strebersdorf, Bauleistung und E&M (Teilvergaben)" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs – Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 2 Monate ab Erlass der einstweiligen Verfügung, den Lauf der Angebotsfrist aussetzen und dem Auftraggeber die Öffnung der Angebote untersagen, in eventuelle Öffnung der Angebote untersagen", wird insofern stattgegeben, als für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote untersagt wird.

Begründung

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich, der im Rahmen eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Die Bekanntmachung erfolgte auf der Homepage der Wiener Zeitung bzw. unter www.auftrag.at sowie auf der Homepage der Auftraggeberin (beides am 23.4.2009). Laut der Projektbeschreibung in der Bekanntmachung sollen drei Brückenobjekte im Bereich AS Strebersdorf generalsaniert sowie der Belag im Bereich der Rampen und die Beleuchtung der AS erneuert werden.

Die Antragstellerin führt in ihrem Schriftsatz vom 20.5.2009 aus, sie habe fristgerecht die Ausschreibungsunterlagen bei der Auftraggeberin angefordert und diese am 23.4.2009 durch download von der Homepage der Auftraggeberin erhalten. Der Zuschlag solle dem Teilangebot mit dem günstigsten Preis erteilt werden. Teilangebote seien zulässig, nicht hingegen Alternativ- oder Abänderungsangebote. Die Antragstellerin fechte die Ausschreibungsunterlagen, die mit Schreiben vom 11.5.2009 berichtet worden seien, an. Die Antragstellerin beabsichtige, im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen und habe ein hohes Interesse an der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren sowie daran, den Zuschlag zu erhalten, da der Teilauftrag in zentralen Geschäftsfeldern der Antragstellerin liege. Für den Fall, dass die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten würde, entginge ihr ein Gewinn, weiters würden ihr die Möglichkeit der Auslastung an Personal und Gerät sowie die Referenz des Auftrages für weitere Vergabeverfahren entgehen sowie Folgekosten für die notwendige Akquisition anderer Aufträge auflaufen. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf BVergG-konforme und faire Ausschreibungsunterlagen und Ausschreibungsbedingungen, im Recht auf eine gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung des fairen und lauten Wettbewerbes und der Transparenz sowie in ihrem Recht auf Freiheit von nicht gesetzlich vorgesehenen Bieterpflichten verletzt.

Zu den Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlage führte die Antragstellerin im Einzelnen begründend aus, dass folgende Punkte den Anforderungen des § 79 Abs 3 BVergG widersprächen: Zu den Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlage führte die Antragstellerin im Einzelnen begründend aus, dass folgende Punkte den Anforderungen des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG widersprächen:

Punkt 5.1.2.5, Teil B.5:

Die Festlegung im 2. Absatz, dass die Auftraggeberin Arbeitsunterbrechungen bzw. eine Änderung der Reihenfolge der Arbeiten anordnen könne, ohne dass die sich daraus ergebenden Erschwernisse, Stehzeiten von Geräten, Mehraufwand, usw. vergütet würden, beinhalte ein nicht kalkulierbares Risiko für die Auftragnehmerin, weil die Auftragnehmerin damit der Willkür der Auftraggeberin ausgesetzt sei, und verstoße somit gegen § 79 Abs 3 BVergG. Die Festlegung im 2. Absatz, dass die Auftraggeberin Arbeitsunterbrechungen bzw. eine Änderung der Reihenfolge der Arbeiten anordnen könne, ohne dass die sich daraus ergebenden Erschwernisse, Stehzeiten von Geräten, Mehraufwand, usw. vergütet würden, beinhalte ein nicht kalkulierbares Risiko für die Auftragnehmerin, weil die Auftragnehmerin damit der Willkür der Auftraggeberin ausgesetzt sei, und verstoße somit gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

Punkt B.5.1.2.6, Teil B.5:

Die Festlegung, dass alle auf der Baustelle verwendeten Geräte dem neuesten Stand der Technik zu entsprechen hätten, sei nicht praktikabel und überzogen und berge das unkalkulierbare Risiko für die Auftragnehmerin, verwendete Geräte ständig austauschen zu müssen. Die daraus resultierenden finanziellen Folgen könnten nicht abgeschätzt und kalkuliert werden. Der Vorbehalt der Auftraggeberin, vorgeschlagene Maschinen und Einrichtungen des Bieters ablehnen zu können, ohne dass daraus resultierende Mehrkosten vergütet würden, beinhalte ebenfalls ein nicht kalkulierbares Risiko für die Auftragnehmerin. Auch diese Bestimmung verstoße damit gegen § 79 Abs 3 BVergG. Die Festlegung, dass alle auf der Baustelle verwendeten Geräte dem neuesten Stand der Technik zu entsprechen hätten, sei nicht praktikabel und überzogen und berge das unkalkulierbare Risiko für die Auftragnehmerin, verwendete Geräte ständig austauschen zu müssen. Die daraus resultierenden finanziellen Folgen könnten nicht abgeschätzt und kalkuliert werden. Der Vorbehalt der Auftraggeberin, vorgeschlagene Maschinen und Einrichtungen des Bieters ablehnen zu können, ohne dass daraus resultierende Mehrkosten vergütet würden, beinhalte ebenfalls ein nicht kalkulierbares Risiko für die Auftragnehmerin. Auch diese Bestimmung verstoße damit gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

Punkt B.5.1.2.17, Teil B.5:

Die im 6. Absatz getroffene Festlegung, dass sämtliche temporäre Sicherungsmaßnahmen zur Gänze in vorhandene Leistungspositionen einzurechnen seien und darüber hinaus keinerlei Abgeltung erfolge, bewirke eine (unkalkulierbare) Risikoüberwälzung auf die Auftragnehmerin, welche § 79 Abs 3 BVergG widerspreche. Die im 6. Absatz getroffene Festlegung, dass sämtliche temporäre Sicherungsmaßnahmen zur Gänze in vorhandene Leistungspositionen einzurechnen seien und darüber hinaus keinerlei Abgeltung erfolge, bewirke eine (unkalkulierbare) Risikoüberwälzung auf die Auftragnehmerin, welche Paragraph 79, Absatz 3, BVergG widerspreche.

Punkten B.5.2.2.2 und 5.2.3.16, Teil B.5, jeweils Unterpunkt "Prüfungen":

Die Festlegung in den Absätzen 3, 4 und 5, wonach die Auftraggeberin (Material-) Prüfungen anordnen könne, welche mit den angebotenen Einheitspreisen abgegolten sein sollen, sei nicht kalkulierbar und verstoße gegen § 79 Abs 3 BVergG. Die Häufigkeit der von der Auftraggeberin angeordneten (Material-) Prüfungen könne von der Auftragnehmerin nicht abgeschätzt werden, wodurch auch die damit verbundenen Kosten nicht kalkulierbar seien. Die Festlegung in den Absätzen 3, 4 und 5, wonach die Auftraggeberin (Material-) Prüfungen anordnen könne, welche mit den angebotenen Einheitspreisen abgegolten sein sollen, sei nicht kalkulierbar und verstoße gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG. Die Häufigkeit der von der Auftraggeberin angeordneten (Material-) Prüfungen könne von der Auftragnehmerin nicht abgeschätzt werden, wodurch auch die damit verbundenen Kosten nicht kalkulierbar seien.

Punkt B.5.3.1 19, Teil B.5:

Die Festlegung, dass sämtliche Kosten für Verkehrserschwerisse, Nacht- und Wochenendarbeiten, mehrmaliges Einrichten und Räumen der Baustelle sowie sonstige Erschwerisse in die Einheitspreise einzukalkulieren seien, sofern hierfür keine LV-Positionen vorhanden seien, bedeute eine vergaberechtlich unzulässige Überwälzung des Vollständigkeitsrisikos der Ausschreibung auf den Bieter. Eine solche Überwälzung sei für die Auftragnehmerin nicht kalkulierbar.

Gemäß Punkt 4.2.2 der ÖNORM B 2118 (2006) seien alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung von Bedeutung seien, sowie auch Erschwerisse (wie zB verkehrsbedingte Arbeitsbehinderungen und Terminfestlegungen) explizit in der Ausschreibung anzuführen, damit diese von allen Bietern gleichermaßen in der Kalkulation berücksichtigt werden können. Die vorliegende "Einrechnungsklausel" widerspreche daher nicht nur dem Grundsatz der Kalkulierbarkeit gemäß § 79 Abs 3 BVergG, sondern auch dem Geist der von der Auftraggeberin gewählten ÖNORM B 2118 (2006) bzw. der ÖNORM B 2118 (2009), welche für die gegenständliche Ausschreibung als "geeignete Leitlinie" im Sinne des § 99 Abs 2 BVergG anzusehen seien (siehe dazu unten zu Punkt 4.2.). Gemäß Punkt 4.2.2 der ÖNORM B 2118 (2006) seien alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung von Bedeutung seien, sowie auch Erschwerisse (wie zB verkehrsbedingte Arbeitsbehinderungen und Terminfestlegungen) explizit in der Ausschreibung anzuführen, damit diese von allen Bietern gleichermaßen in der Kalkulation berücksichtigt werden können. Die vorliegende "Einrechnungsklausel" widerspreche daher nicht nur dem Grundsatz der Kalkulierbarkeit gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG, sondern auch dem Geist der von der Auftraggeberin gewählten ÖNORM B 2118 (2006) bzw. der ÖNORM B 2118 (2009), welche für die gegenständliche Ausschreibung als "geeignete Leitlinie" im Sinne des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG anzusehen seien (siehe dazu unten zu Punkt 4.2.).

Punkt B.6.2.5.5.1, Teil B.6:

Im 4. Absatz, Ziffer 4 sei festgelegt, dass mit den Einheitspreisen einschlägiger Leistungspositionen "sämtliche Erschwerisse durch den Umweltschutz" abgegolten sein sollen. Dadurch werde ua bestimmt, dass die Auftragnehmerin das Risiko allfälliger Mehrkosten aufgrund des AWG (z.B. für Abfälle mit Fremdanteil > 5 %) zu tragen habe. Dies stelle einen unkalkulierbaren Faktor dar, sodass diese Bestimmung einer nicht kalkulierbaren Risikoüberwälzung entspreche, die § 79 Abs 3 BVergG widerspreche. Im 4. Absatz, Ziffer 4, sei festgelegt, dass mit den Einheitspreisen einschlägiger Leistungspositionen "sämtliche Erschwerisse durch den Umweltschutz" abgegolten sein sollen. Dadurch werde ua bestimmt, dass die Auftragnehmerin das Risiko allfälliger Mehrkosten aufgrund des AWG (z.B. für Abfälle mit Fremdanteil > 5 %) zu tragen habe. Dies stelle einen unkalkulierbaren Faktor dar, sodass diese Bestimmung einer nicht kalkulierbaren Risikoüberwälzung entspreche, die Paragraph 79, Absatz 3, BVergG widerspreche.

Punkt B.6.2.5.5.4.5, Teil B.6:

Gemäß Absatz 3 trage die Auftragnehmerin sämtliche Kosten der Beachtung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen

und Bedingungen, ohne dass daraus ein Anspruch auf Mehrvergütung oder ein Recht auf Verlängerung der Leistungsfristen entstehe. Damit seien auch solche Kosten mit umfasst, die zum Zeitpunkt der Kalkulation des Angebotes noch gar nicht bekannt seien, sondern sich erst im Zuge der Auftragsdurchführung herausstellten. Die damit verbundenen Kosten könnten so von der Auftragnehmerin nicht kalkuliert werden. Diese Regelung stelle daher eine gemäß § 79 Abs 3 BVergG unzulässige Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken dar. Gemäß Absatz 3 trage die Auftragnehmerin sämtliche Kosten der Beachtung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen und Bedingungen, ohne dass daraus ein Anspruch auf Mehrvergütung oder ein Recht auf Verlängerung der Leistungsfristen entstehe. Damit seien auch solche Kosten mit umfasst, die zum Zeitpunkt der Kalkulation des Angebotes noch gar nicht bekannt seien, sondern sich erst im Zuge der Auftragsdurchführung herausstellten. Die damit verbundenen Kosten könnten so von der Auftragnehmerin nicht kalkuliert werden. Diese Regelung stelle daher eine gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG unzulässige Überwälzung nicht kalkulierbarer Risiken dar.

Punkt B.6.2.8.2, Teil B.6:

Die Festlegung, dass die Anerkennung einer Forderung vom Formalerfordernis "gültiger, gegengezeichneter Ausmaßblätter" abhängig gemacht werde, sei ebenfalls für die Auftragnehmerin nachteilig und bedeute die Überwälzung eines nicht kalkulierbaren Risikos zulasten der Auftragnehmerin. Die Auftraggeberin hätte es sonst in der Hand, Forderungen von ihrer Gegenzeichnung abhängig zu machen. Diese Bestimmung stelle zudem eine einseitig benachteiligende, sachlich nicht begründbare Abänderung der ÖNORM B 2118 (2006)-Regelung dar.

Punkte B.6.3.5.1. und B.6.3.6.1, Teil B.6:

Durch die Ausschreibung von 4 Leistungsteilen könne es zu einer Kombination verschiedener direkt beauftragter Auftragnehmer kommen, die - mangels genauer auftraggeberseitiger Festlegungen - in ihrer Disposition grundsätzlich frei und ungebunden seien. Die Auftraggeberin überbinde die Verpflichtung zur Koordinierung der Leistungsteile auf die Auftragnehmer, obwohl die Auftragnehmer in keinem Vertragsverhältnis zueinander stünden und deren Schnittstellen bzw. Überlappungsbereiche offensichtlich nicht einmal der Auftraggeberin vollständig bekannt seien (siehe Auflistung in Punkt B.5.3.1 1, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen). Demgemäß seien die Umstände der Leistungserbringung und die Leistung an sich im Sinne von § 96 Abs 1 und 6 BVergG unzureichend beschrieben. Aufgrund des fehlenden Bauzeitplanes könnte zB ein direkt beauftragter Auftragnehmer geplant und kalkuliert haben, die Leistung mit hoher Intensität in kurzer Zeit zu erbringen, ein anderer mit niedrigerer Intensität unter voller Ausnutzung der Bauzeit. Es sei daher völlig unklar, wie dies nachträglich "koordiniert" werden solle. Durch die Ausschreibung von 4 Leistungsteilen könne es zu einer Kombination verschiedener direkt beauftragter Auftragnehmer kommen, die - mangels genauer auftraggeberseitiger Festlegungen - in ihrer Disposition grundsätzlich frei und ungebunden seien. Die Auftraggeberin überbinde die Verpflichtung zur Koordinierung der Leistungsteile auf die Auftragnehmer, obwohl die Auftragnehmer in keinem Vertragsverhältnis zueinander stünden und deren Schnittstellen bzw. Überlappungsbereiche offensichtlich nicht einmal der Auftraggeberin vollständig bekannt seien (siehe Auflistung in Punkt B.5.3.1 1, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen). Demgemäß seien die Umstände der Leistungserbringung und die Leistung an sich im Sinne von Paragraph 96, Absatz eins und 6 BVergG unzureichend beschrieben. Aufgrund des fehlenden Bauzeitplanes könnte zB ein direkt beauftragter Auftragnehmer geplant und kalkuliert haben, die Leistung mit hoher Intensität in kurzer Zeit zu erbringen, ein anderer mit niedrigerer Intensität unter voller Ausnutzung der Bauzeit. Es sei daher völlig unklar, wie dies nachträglich "koordiniert" werden solle.

Besonders problematisch sei in diesem Zusammenhang insbesondere die festgelegte verschuldensunabhängige "solidarische" Haftung im Falle des Überschreitens von Ausführungsfristen und Zwischenterminen.

Für den einzelnen Bieter sei zudem zum Zeitpunkt der Kalkulation nicht abschätzbar, welche Kosten sich infolge von Maßnahmen im Rahmen des BauKG ergeben würden, wenn gegebenenfalls mehrere direkt beauftragte Auftragnehmer gleichzeitig auf der Baustelle tätig sein sollten.

Insgesamt beinhalte die getrennte Ausschreibung der Leistungsteile samt Überwälzung der Koordinierungspflichten der Auftraggeberin auf die Auftragnehmer ein erhebliches unkalkulierbares Risiko. Die Festlegungen verstießen daher gegen § 79 Abs 3 BVergG. Insgesamt beinhalte die getrennte Ausschreibung der Leistungsteile samt Überwälzung der Koordinierungspflichten der Auftraggeberin auf die Auftragnehmer ein erhebliches unkalkulierbares Risiko. Die Festlegungen verstießen daher gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

Punkt B.6.3.6.7.1, Teil B.6:

Die Vertragsstrafe von 1 % der Auftragssumme je Kalendertag bei Überschreitung von bei Vertragsabschluss oder bei der Bauübergabe - offenbar einseitig durch die Auftraggeberin - festgelegten Terminen sei für die Auftragnehmerin vorab nicht kalkulierbar und widerspreche daher § 79 Abs 3 BVergG. Die Vertragsstrafe für die Beschädigung bestehender Einbauten sei zudem sachlich nicht gerechtfertigt, zumal für beschädigte Teile ohnedies Schadenersatz durch den Auftragnehmer geleistet werden müsse. Ähnliches gelte für die Vertragsstrafe bei Nichtverwendung der PSA. Die Kontrolle der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und die Bestrafung bei deren Nichteinhaltung obliege ausschließlich den gesetzlich dafür vorgesehenen Organen. Insofern werde durch die Pönalisierung eine unsachliche "Doppelbestrafung" fixiert. Dies widerspreche ebenfalls § 79 Abs 3 BVergG. Die Vertragsstrafe von 1 % der Auftragssumme je Kalendertag bei Überschreitung von bei Vertragsabschluss oder bei der Bauübergabe - offenbar einseitig durch die Auftraggeberin - festgelegten Terminen sei für die Auftragnehmerin vorab nicht kalkulierbar und widerspreche daher Paragraph 79, Absatz 3, BVergG. Die Vertragsstrafe für die Beschädigung bestehender Einbauten sei zudem sachlich nicht gerechtfertigt, zumal für beschädigte Teile ohnedies Schadenersatz durch den Auftragnehmer geleistet werden müsse. Ähnliches gelte für die Vertragsstrafe bei Nichtverwendung der PSA. Die Kontrolle der Arbeitnehmerschutzbestimmungen und die Bestrafung bei deren Nichteinhaltung obliege ausschließlich den gesetzlich dafür vorgesehenen Organen. Insofern werde durch die Pönalisierung eine unsachliche "Doppelbestrafung" fixiert. Dies widerspreche ebenfalls Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

Punkt B.6.3.6.8, Teil B.6:

Die Festlegung, dass sämtliche Leistungen im Wochenendbetrieb ohne Unterbrechungen durchzuführen seien, widerspreche Punkt B.5.3.1.14, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen, wonach nur teilweise Arbeiten außerhalb der „normalen“ Arbeitszeit zu erfolgen hätten. Die unklare Festlegung widerspreche daher § 96 Abs 1 und 6 BVergG, wonach in der Ausschreibung auch alle zeitlich relevanten Umstände der Leistungserbringung hinreichend genau anzuführen seien. Dies stelle wiederum die Überwälzung eines unkalkulierbaren Risikos zulasten der Auftragnehmerin dar, was gemäß § 79 Abs 3 BVergG unzulässig sei. Die Festlegung, dass sämtliche Leistungen im Wochenendbetrieb ohne Unterbrechungen durchzuführen seien, widerspreche Punkt B.5.3.1.14, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen, wonach nur teilweise Arbeiten außerhalb der „normalen“ Arbeitszeit zu erfolgen hätten. Die unklare Festlegung widerspreche daher Paragraph 96, Absatz eins und 6 BVergG, wonach in der Ausschreibung auch alle zeitlich relevanten Umstände der Leistungserbringung hinreichend genau anzuführen seien. Dies stelle wiederum die Überwälzung eines unkalkulierbaren Risikos zulasten der Auftragnehmerin dar, was gemäß Paragraph 79, Absatz 3, BVergG unzulässig sei.

Punkt B.6.3.9, Teil B.6:

Die Festlegung, dass keine Übernahme der jeweiligen Werke der Auftragnehmer vor Gesamtfertigstellung des Objektes erfolge, auch wenn die jeweiligen Leistungen bereits seitens der Auftraggeberin benützt würden, beinhalte ein nicht kalkulierbares Risiko für die Auftragnehmerin und verstoße daher gegen § 79 Abs 3 BVergG. Gleiches gelte für die Festlegung, dass die Übernahme erst nach Fertigstellung der Gesamtleistung aller Auftragnehmer erfolge. Der Auftragnehmer könne nicht kalkulieren und es liege nicht in seiner Einflussosphäre, wann die Übernahme (trotz Benützung) stattfinden und wann die Gesamtfertigstellung aller Gewerke - auch jener, die ein Auftragnehmer selbst nicht erbringe - erfolgen werde. Die damit verbundenen Kosten und Risiken sowie Gefahren seien für den Auftragnehmer unkalkulierbar. Die Festlegung, dass keine Übernahme der jeweiligen Werke der Auftragnehmer vor Gesamtfertigstellung des Objektes erfolge, auch wenn die jeweiligen Leistungen bereits seitens der Auftraggeberin benützt würden, beinhalte ein nicht kalkulierbares Risiko für die Auftragnehmerin und verstoße daher gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG. Gleiches gelte für die Festlegung, dass die Übernahme erst nach Fertigstellung der Gesamtleistung aller Auftragnehmer erfolge. Der Auftragnehmer könne nicht kalkulieren und es liege nicht in seiner Einflussosphäre, wann die Übernahme (trotz Benützung) stattfinden und wann die Gesamtfertigstellung aller Gewerke - auch jener, die ein Auftragnehmer selbst nicht erbringe - erfolgen werde. Die damit verbundenen Kosten und Risiken sowie Gefahren seien für den Auftragnehmer unkalkulierbar.

Weiters führt die Antragstellerin aus, dass auch Verstöße gegen § 99 Abs 2 BVergG vorlägen. So bestimme die Auftraggeberin in Punkt 6.1, Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen, dass die ÖNORM B 2118, Ausgabe 1.3.2006 als geeignete Leitlinie gelte. In Punkt 5.3.1.19, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen fänden sich Bestimmungen zu einzukalkulierenden Leistungen, Punkt B.6.2.8.2, Teil B.6 Ausschreibungsunterlagen beträfe Bestimmungen zur Mengenermittlung nach Aufmaß und Punkt B.6.3.9, Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen beinhalte Bestimmungen

zur Übernahme/Schlussfeststellung. Die Auftraggeberin lege damit Abänderungen zur ÖNORM B 2118 (2006) fest. Weiters führt die Antragstellerin aus, dass auch Verstöße gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG vorlägen. So bestimme die Auftraggeberin in Punkt 6.1, Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen, dass die ÖNORM B 2118, Ausgabe 1.3.2006 als geeignete Leitlinie gelte. In Punkt 5.3.1.19, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen fänden sich Bestimmungen zu einzukalkulierenden Leistungen, Punkt B.6.2.8.2, Teil B.6 Ausschreibungsunterlagen beträfe Bestimmungen zur Mengenermittlung nach Aufmaß und Punkt B.6.3.9, Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen beinhalte Bestimmungen zur Übernahme/Schlussfeststellung. Die Auftraggeberin lege damit Abänderungen zur ÖNORM B 2118 (2006) fest.

Zudem beinhalte Teil 6.6 der Ausschreibungsunterlagen, wie sich schon aus dem Inhaltsverzeichnis dieses Teils ergebe, zahlreiche Abänderungen der ÖNORM B 2118 (2006). Dies betreffe insbesondere die Punkte 6.2.5.2 - 6.2.5.5, 6.2.6.1- 6.2.6.13, 6.2.7.1 - 6.2.7.3, 6.2.8, 6.2.9.1, 6.2.10, 6.3.4.1, 6.3.5, 6.3.6.1- 6.3.6.7, 6.3.7 und 6.3.8, Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen.

Gemäß § 99 Abs 2 BVergG 2006 habe die Auftraggeberin geeignete Leitlinien heranzuziehen und könne nur in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 habe die Auftraggeberin geeignete Leitlinien heranzuziehen und könne nur in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen.

Diese Ausgabe der ÖNORM B 2118 (2006) sei bereits überholt, da mit 1.1.2009 eine neue ÖNORM B 2118 herausgegeben worden sei. Die Ausschreibung widerspreche daher § 99 Abs 2 BVergG 2006, weil keine geeignete Leitlinie, sondern eine veraltete Ausgabe von der Auftraggeberin herangezogen werde. Diese Ausgabe der ÖNORM B 2118 (2006) sei bereits überholt, da mit 1.1.2009 eine neue ÖNORM B 2118 herausgegeben worden sei. Die Ausschreibung widerspreche daher Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, weil keine geeignete Leitlinie, sondern eine veraltete Ausgabe von der Auftraggeberin herangezogen werde.

Die von der Auftraggeberin vorgenommenen Abänderungen zur genannten ÖNORM seien darüber hinaus unsachlich, gingen über die Abänderung von einzelnen Punkten hinaus und widersprächen zudem § 79 Abs 3 BVergG. Die von der Auftraggeberin vorgenommenen Abänderungen zur genannten ÖNORM seien darüber hinaus unsachlich, gingen über die Abänderung von einzelnen Punkten hinaus und widersprächen zudem Paragraph 79, Absatz 3, BVergG.

Die Auftraggeberin erteilte mit Schriftsatz vom 25.5.2009 allgemeine Auskünfte,

erstattete jedoch kein Vorbringen gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens 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.).

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

Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeberin ergibt, wurde im gegenständlichen Verfahren noch keine Angebotsöffnung vorgenommen.

Von einem im § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die

sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

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

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit einzelner Punkte der Ausschreibung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Die Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit der Ausschreibung ist jedoch nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und die Untersagung der Öffnung der Angebote abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren sich am Vergabeverfahren beteiligen zu können, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Beteiligung der Antragstellerin am Vergabeverfahren sichert.

Demgegenüber hat die Auftraggeberin davon abgesehen, ihrerseits gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung sprechende Interessen zu benennen. Im Sinne der ständigen Rechtsprechung ist auch darauf zu verweisen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen bei der Ablaufplanung einzukalkulieren hat (siehe etwa BVA vom 9.1.2004, 10N-3/04-4; 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-10 mWN). Der Senatsvorsitzenden sind überdies keine möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bieter sowie besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung sprechen würden, bekannt.

Die Antragstellerin hat die Bedeutung des Auftrages als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 30.4.2003, 6N-41/03-11; 27.1.2006, 16N-8/06-6; 4.4.2007, N/0030-BVA/07/2007-EV19).

Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0105-BVA/02-2008-EV9; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.) Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0105-BVA/02-2008-EV9; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.)

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Zuletzt aktualisiert am

08.09.2009

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