

TE Verg Bescheid 2008/3/7 N/0024-BVA/04/2008-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.03.2008

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs13 Z1

BVergG 2006 §345 Abs13 Z2

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

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

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

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

1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg, Bahnhof-Zwerndorf, Auftragsnummer: 128 15 230", des Auftraggebers Wasserverband für den Marchhochwasserschutzdamm Marchegg-Zwerndorf, 2295 Baumgarten/March 1a, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 29.2.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg, Bahnhof-Zwerndorf, Auftragsnummer: 128 15 230", des Auftraggebers Wasserverband für den Marchhochwasserschutzdamm Marchegg-Zwerndorf, 2295 Baumgarten/March 1a, vertreten durch Y***, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 29.2.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, das Bundesvergabeamt möge

1. 1.Ziffer eins
"nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, im Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg Bahnhof Zwerndorf" den Lauf der Angebotsfrist aussetzen und der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote untersagen",
2. 2.Ziffer 2
"in eventu das Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg Bahnhof Zwerndorf" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen",
3. 3.Ziffer 3
"in eventu dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, das Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg Bahnhof Zwerndorf" fortzusetzen",
4. 4.Ziffer 4
"in eventu dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg Bahnhof Zwerndorf" untersagen",

wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, die Angebote zu öffnen. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Am 22.6.2007 erfolgte unter 2007/S118-144702 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zum Bauauftrag "Hochwasserschutz March, Marchegg Bahnhof – Zwerndorf" eine Vorinformation. Als Auftraggeber wurde

die "via donau – Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH" genannt. Der Auftrag wurde als eine ca. 17.9 km lange Dammsanierung mittels Erdbauarbeiten, Dichtwandarbeiten, Bodenverbesserungsarbeiten, Rekultivierungen etc beschrieben. Als voraussichtlicher Beginn des Vergabeverfahrens wurde der 13.8.2007 genannt. Die Vertragslaufzeit sollte 24 Monate ab Auftragsvergabe dauern.

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Sanierung Hochwasserschutz March, Marchegg Bahnhof-Zwerndorf" wurde am 15.2.2008 unter 2008/S32-043566 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung ergibt sich, dass der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Als Auftraggeber wurde die "via Donau – Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH" genannt. Auf die oben genannte Vorinformation wurde hingewiesen. Als Schlusstermin für die Anforderung der Unterlagen wurde der 22.2.2008, 12.00 Uhr, als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 10.3.2008, 10.00 Uhr, und als Termin für die Angebotsöffnung wurde der 10.3.2008, 10.15 Uhr, genannt. Die Bindefrist für die Angebote wurde mit fünf Monaten – beginnend mit dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote - festgesetzt.

Die Ausschreibungsunterlagen wurden von zahlreichen Bewerbern, unter anderem auch der A*** (in der Folge Antragsteller), angefordert. Darin schien als Auftraggeber der Wasserverband für den Marchhochwasserschutzdamm Marchegg – Zwerndorf als Wasserverband gemäß § 88 Abs 1 lit a WRG auf. Als vergebende Stelle wurde die "via donau – Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH" genannt. In Teil A der Ausschreibungsunterlagen wurde unter Pkt 2.3. (Prüf- und Warnpflicht) ausgeführt, dass der Bieter bei Fehlen von Teilen der Ausschreibungsunterlagen, bei Widersprüchen oder sonstigen Unklarheiten den genannten Sacharbeiter des Auftraggebers spätestens bis 22.2.2008, 12.00 Uhr, in Kenntnis zu setzen habe. Andernfalls würde der Bieter auf die Geltendmachung allfälliger aus einer Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit oder sonstigen Unklarheiten resultierenden Nachteile verzichten und die im Angebot vorgesehene Ausführungsart und Leistungsbeschreibung ohne Einschränkung seiner Verantwortlichkeit anerkennen. Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen seien ebenso bis spätestens 22.2.2008, 12.00 Uhr, an den genannten Sacharbeiter des Auftraggebers zu richten (Pkt 2.4). Die Ausschreibungsunterlagen wurden von zahlreichen Bewerbern, unter anderem auch der A*** (in der Folge Antragsteller), angefordert. Darin schien als Auftraggeber der Wasserverband für den Marchhochwasserschutzdamm Marchegg – Zwerndorf als Wasserverband gemäß Paragraph 88, Absatz eins, Litera a, WRG auf. Als vergebende Stelle wurde die "via donau – Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH" genannt. In Teil A der Ausschreibungsunterlagen wurde unter Pkt 2.3. (Prüf- und Warnpflicht) ausgeführt, dass der Bieter bei Fehlen von Teilen der Ausschreibungsunterlagen, bei Widersprüchen oder sonstigen Unklarheiten den genannten Sacharbeiter des Auftraggebers spätestens bis 22.2.2008, 12.00 Uhr, in Kenntnis zu setzen habe. Andernfalls würde der Bieter auf die Geltendmachung allfälliger aus einer Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit oder sonstigen Unklarheiten resultierenden Nachteile verzichten und die im Angebot vorgesehene Ausführungsart und Leistungsbeschreibung ohne Einschränkung seiner Verantwortlichkeit anerkennen. Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen seien ebenso bis spätestens 22.2.2008, 12.00 Uhr, an den genannten Sacharbeiter des Auftraggebers zu richten (Pkt 2.4).

Am 27.2.2008 wandte sich der Antragsteller mit dem Ersuchen an den Auftraggeber, die Gründe für das Abweichen von der ÖNORM bekannt zu geben. Dazu wurde auf einzelne Punkte der Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Es seien Vertragsbestimmungen aufgefallen, die einer ordnungsgemäßen Preisermittlung entgegenstünden und nicht dem Bundesvergabegesetz entsprächen.

Mit Schriftsatz vom 29.2.2008 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie in eventu Punkt A3 des Angebotsschreibens, einzelne Punkte des Teils A der Ausschreibung, Teil D der Ausschreibung, einzelne Punkte des Teils D der Ausschreibung, einzelne Punkte des Teils E der Ausschreibung oder Teile der vorgenannten Bestimmungen für nichtig zu erklären. Darüber hinaus wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt und der Ersatz der Gebühren gemäß § 319 BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 29.2.2008 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sowie in eventu Punkt A3 des Angebotsschreibens, einzelne Punkte des Teils A der Ausschreibung, Teil D der Ausschreibung, einzelne Punkte des Teils D der Ausschreibung, einzelne Punkte des Teils E

der Ausschreibung oder Teile der vorgenannten Bestimmungen für nichtig zu erklären. Darüber hinaus wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt und der Ersatz der Gebühren gemäß Paragraph 319, BVergG für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Auftraggeber eine Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unterlassen habe. Sowohl in der EUweiten Vorinformation vom 22.6.2007, als auch in der EU-weiten Bekanntmachung scheine nämlich die vergebende Stelle als öffentlicher Auftraggeber auf. Trotz fehlender Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei vom Auftraggeber die Angebotsfrist auf lediglich 27 Tage (12.2.2008 bis 10.3.2008) verkürzt worden. Damit sei gegen die Bestimmung des § 60 BVergG 2006, der eine mindestens 52-tägige Angebotsfrist für offene Verfahren vorsehe, verstoßen worden. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Auftraggeber eine Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unterlassen habe. Sowohl in der EUweiten Vorinformation vom 22.6.2007, als auch in der EU-weiten Bekanntmachung scheine nämlich die vergebende Stelle als öffentlicher Auftraggeber auf. Trotz fehlender Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei vom Auftraggeber die Angebotsfrist auf lediglich 27 Tage (12.2.2008 bis 10.3.2008) verkürzt worden. Damit sei gegen die Bestimmung des Paragraph 60, BVergG 2006, der eine mindestens 52-tägige Angebotsfrist für offene Verfahren vorsehe, verstoßen worden.

Die Ausschreibungsunterlagen würden mehrfach gegen die klare Vorgabe des § 79 Abs 3 BVergG 2006 verstoßen. Danach müssten Angebote vergleichbar sein und gelte das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken. Zahlreiche Abweichungen von der ÖNORM B 2110 würden erhebliche Risiken, die Bieter bzw. Auftragnehmer nicht beherrschen könnten, auf diese überwälzen. Die auf eigenen subjektiven Risikoeinschätzungen beruhenden Kalkulationen würden eine Vergleichbarkeit der einlangenden Angebote entgegen § 79 Abs 3 BVergG 2006 ausschließen. Die Ausschreibung müsse Grundlage für eine nachvollziehbare und auch den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechende Preiskalkulation des Bieters sein, die Angebote zulasse, deren Kalkulation mit jenen der übrigen Bieter vergleichbar sei. Diesen Anforderungen entspreche die angefochtene Ausschreibung nicht. Die Ausschreibungsunterlagen würden mehrfach gegen die klare Vorgabe des Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen. Danach müssten Angebote vergleichbar sein und gelte das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken. Zahlreiche Abweichungen von der ÖNORM B 2110 würden erhebliche Risiken, die Bieter bzw. Auftragnehmer nicht beherrschen könnten, auf diese überwälzen. Die auf eigenen subjektiven Risikoeinschätzungen beruhenden Kalkulationen würden eine Vergleichbarkeit der einlangenden Angebote entgegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 ausschließen. Die Ausschreibung müsse Grundlage für eine nachvollziehbare und auch den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechende Preiskalkulation des Bieters sein, die Angebote zulasse, deren Kalkulation mit jenen der übrigen Bieter vergleichbar sei. Diesen Anforderungen entspreche die angefochtene Ausschreibung nicht.

Aufgrund des in Pkt. 2.3 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen bereits am 22.2.2008 erfolgten Verzichtes des Bieters und der Anerkennung seiner uneingeschränkten Verantwortlichkeit hinsichtlich der im Angebot vorgesehenen Ausführungsart und Leistungsbeschreibung sei bei der Angebotsausarbeitung der Angebotspreise nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken möglich. Zu diesem Zeitpunkt könne sich ein Bieter noch kein Bild über allfällige Unvollständigkeiten, Widersprüchlichkeiten oder sonstige Unklarheiten machen. Darüber hinaus werde de facto dem Bieter die gemäß § 321 Abs 2 BVergG zustehende Anfechtungsfrist verkürzt und auf den 22.2.2008 nach vor verschoben, sodass ein Verstoß gegen den effektiven Rechtsschutz vorliege. Auch die Bestimmung in Pkt. 2.5 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen führe zur Unkalkulierbarkeit der Angebote und stelle gleichzeitig einen Verstoß gegen § 96 Abs 6 BVergG 2006 dar, da überhaupt nicht geregelt sei, welche Einbautenträger betroffen seien, ob dieser Auskünfte erteile oder Einsicht in die benötigten Planunterlagen gewähre. Aufgrund des in Pkt. 2.3 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen bereits am 22.2.2008 erfolgten Verzichtes des Bieters und der Anerkennung seiner uneingeschränkten Verantwortlichkeit hinsichtlich der im Angebot vorgesehenen Ausführungsart und Leistungsbeschreibung sei bei der Angebotsausarbeitung der Angebotspreise nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken möglich. Zu diesem Zeitpunkt könne sich ein Bieter noch kein Bild über allfällige Unvollständigkeiten, Widersprüchlichkeiten oder sonstige Unklarheiten machen. Darüber hinaus werde de facto dem Bieter die gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG zustehende Anfechtungsfrist verkürzt und auf den 22.2.2008 nach vor verschoben, sodass ein Verstoß gegen den effektiven Rechtsschutz vorliege. Auch die Bestimmung in Pkt. 2.5 des Teils A der

Ausschreibungsunterlagen führe zur Unkalkulierbarkeit der Angebote und stelle gleichzeitig einen Verstoß gegen Paragraph 96, Absatz 6, BVergG 2006 dar, da überhaupt nicht geregelt sei, welche Einbautenträger betroffen seien, ob dieser Auskünfte erteile oder Einsicht in die benötigten Planunterlagen gewähre.

Auch Festlegungen in Pkt. 1 des Teils D der Ausschreibungsunterlagen würden dem Grundsatz widersprechen, dass nicht der Auftragnehmer sondern der Auftraggeber das Risiko der Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung zu tragen habe. Zur Unkalkulierbarkeit würden auch die Bestimmungen des Teils D der Ausschreibung zu Pkt. 5.2 (Baustellenzufahrten, Baustraßen, Bauwege), zu Pkt. 9 (Landschaft- und Gewässerschutz), zu Pkt. 14.1 (Baugrundrisiko), zu Pkt. 14.3 (vergessene Positionen), zu Pkt. 14.6 (nicht anerkennbare Leistungsänderungen), zu Pkt. 18.2 (Bautermine), zu Pkt. 20 (Vertragsstrafe bei Verzug), zu Pkt. 23.1 (Gewährleistungsfrist) und zu Pkt. 23.4 (Mängelbehebung) führen. Insbesondere wird zu den genannten Punkten ausgeführt, dass die Gründe für die dem Auftragnehmer überbürdete Erhaltungspflicht des Straßennetzes und der Baustellenzufahrt unerfindlich sei. Ebenso trage der Auftragnehmer ungerechtfertigter Weise das Behördenrisiko für Bewilligungen. Dafür sei der Auftragnehmer verantwortlich. Auch das Baugrundrisiko werde grundsätzlich dem Auftragnehmer überbürdet und damit die gesetzliche und die in der ÖNORM B 2110 vorgesehene Risikotragungsregelung ins Gegenteil verkehrt. Entgegen den Bestimmungen der §§ 96 Abs 1 und 79 Abs 3 BVergG 2006 seien auch "Ausschreibungslücken" vom Auftragnehmer nicht ohne Mehrvergütungsanspruch zu vertreten. Auch Festlegungen in Pkt. 1 des Teils D der Ausschreibungsunterlagen würden dem Grundsatz widersprechen, dass nicht der Auftragnehmer sondern der Auftraggeber das Risiko der Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung zu tragen habe. Zur Unkalkulierbarkeit würden auch die Bestimmungen des Teils D der Ausschreibung zu Pkt. 5.2 (Baustellenzufahrten, Baustraßen, Bauwege), zu Pkt. 9 (Landschaft- und Gewässerschutz), zu Pkt. 14.1 (Baugrundrisiko), zu Pkt. 14.3 (vergessene Positionen), zu Pkt. 14.6 (nicht anerkennbare Leistungsänderungen), zu Pkt. 18.2 (Bautermine), zu Pkt. 20 (Vertragsstrafe bei Verzug), zu Pkt. 23.1 (Gewährleistungsfrist) und zu Pkt. 23.4 (Mängelbehebung) führen. Insbesondere wird zu den genannten Punkten ausgeführt, dass die Gründe für die dem Auftragnehmer überbürdete Erhaltungspflicht des Straßennetzes und der Baustellenzufahrt unerfindlich sei. Ebenso trage der Auftragnehmer ungerechtfertigter Weise das Behördenrisiko für Bewilligungen. Dafür sei der Auftragnehmer verantwortlich. Auch das Baugrundrisiko werde grundsätzlich dem Auftragnehmer überbürdet und damit die gesetzliche und die in der ÖNORM B 2110 vorgesehene Risikotragungsregelung ins Gegenteil verkehrt. Entgegen den Bestimmungen der Paragraphen 96, Absatz eins und 79 Absatz 3, BVergG 2006 seien auch "Ausschreibungslücken" vom Auftragnehmer nicht ohne Mehrvergütungsanspruch zu vertreten.

Gemäß der Bestimmung in Pkt. 14.6 des Teils D könnten auch beispielsweise die Neueinführung oder Erhöhung von Steuern und Abgaben und dergleichen nicht über die Preisgleitung abgegolten werden und daher dem Auftraggeber auch nicht verrechnet werden. Mit dem Vorbehalt der Detaillierung der angeführten Bauabschnitte und der genauen Festlegung von Fristen und Terminen könne der Auftraggeber willkürlich in einen vorgesehen Bauablauf eingreifen. Dies sei auch nach Vertragsabschluss möglich. Auch könnten vom Auftraggeber Zwischentermine gesetzt und diese pönalisiert werden. Die Erstreckung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist sei auch iSv § 879 Abs 3 ABGB gröblich benachteiligend und sohin sittenwidrig. Ein dem Auftraggeber in Gewährleistungsfalls eingeräumtes willkürliches Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch sei sachlich nicht gerechtfertigt. Gemäß der Bestimmung in Pkt. 14.6 des Teils D könnten auch beispielsweise die Neueinführung oder Erhöhung von Steuern und Abgaben und dergleichen nicht über die Preisgleitung abgegolten werden und daher dem Auftraggeber auch nicht verrechnet werden. Mit dem Vorbehalt der Detaillierung der angeführten Bauabschnitte und der genauen Festlegung von Fristen und Terminen könne der Auftraggeber willkürlich in einen vorgesehen Bauablauf eingreifen. Dies sei auch nach Vertragsabschluss möglich. Auch könnten vom Auftraggeber Zwischentermine gesetzt und diese pönalisiert werden. Die Erstreckung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist sei auch iSv Paragraph 879, Absatz 3, ABGB gröblich benachteiligend und sohin sittenwidrig. Ein dem Auftraggeber in Gewährleistungsfalls eingeräumtes willkürliches Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch sei sachlich nicht gerechtfertigt.

In Pkt. 4.2.2.2 des Teils E der Ausschreibungsunterlagen in Verbindung mit den dazugehörigen LV-Positionen sei das Ausmaß der zu untersuchenden Fläche nicht vorgegeben, sodass eine Preiskalkulation unmöglich sei. In Pkt. 4.3.1 (Allgemeine Erläuterungen) des Teils E der Ausschreibungsunterlagen werde dem Auftragnehmer ein Behördenrisiko überbunden, wobei unklar sei, welche Auflagen die Behörde im Zuge des Baus erteilen werde. Trotz naturgemäßer Auswirkung von Bau-Soll-Änderungen auf zeitgebundene Kosten sollte die Änderung des Bauvolumens von +/- 20%

Alleinrisiko des Auftragnehmers sein. Ohne beiliegende kalkulierbare Unterlagen für Varianten der Ausschreibung seien in Pkt. 4.3.2.4 des Teils E der Ausschreibungsunterlagen Varianten hinsichtlich der Baustellengemeinkosten definiert. Eben diese genannten Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen in Teil E würden zur Unkalkulierbarkeit der Ausschreibung führen, sodass die Ausschreibung für nichtig zu erklären sei.

Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung ergebe sich auch aufgrund der weit reichenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Dazu werde auf die Bestimmungen des § 99 Abs 2 BVergG verwiesen, der Grenzen zur Möglichkeit der Abweichung von Leitlinien aufzeige. Der Auftraggeber weiche aber nicht nur hinsichtlich einzelner Punkte sondern weitgehend (Teil D) von den Vorgaben der ÖNORM B 2110 einseitig zu Lasten des Bieters bzw des Auftragnehmers ab. Dies gelte auch für die Bestimmung des Pkt. A 3 des Angebotsschreibens, wonach die Vertragsstrafe nicht begrenzt sei. Missbräuchliche bzw sittenwidrige Abweichungen von den Leitlinien der ÖNORM B 2110 würden sich beispielsweise in der Vollständigkeitsgarantie, der einseitigen Übertragung des Baugrundrisikos und des Behördenrisikos auf den Auftragnehmer, der Wegehalterhaftung für benützte Straßen und den unsachlichen Gewährleistungsregelungen zeigen. Von Verstößen gemäß § 99 Abs 2 BVergG in den Ausschreibungsunterlagen sei daher auszugehen. Als rechtswidrig einzustufen sei auch der ausdrückliche Vorbehalt in Pkt. 2.8 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen zum Widerruf aus jedem sachlichen Grund. Als solcher werde die Änderung des Bedarfs genannt, der es entgegen § 139 BVergG dem Auftraggeber vorbehalte, selbst bei geringfügigen Änderungen sanktionslos widerrufen zu können. Dadurch würden die in § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 festgelegten Widerrufsgründe zugunsten des Auftraggebers unzulässig erweitert. Die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung ergebe sich auch aufgrund der weit reichenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110. Dazu werde auf die Bestimmungen des Paragraph 99, Absatz 2, BVergG verwiesen, der Grenzen zur Möglichkeit der Abweichung von Leitlinien aufzeige. Der Auftraggeber weiche aber nicht nur hinsichtlich einzelner Punkte sondern weitgehend (Teil D) von den Vorgaben der ÖNORM B 2110 einseitig zu Lasten des Bieters bzw des Auftragnehmers ab. Dies gelte auch für die Bestimmung des Pkt. A 3 des Angebotsschreibens, wonach die Vertragsstrafe nicht begrenzt sei. Missbräuchliche bzw sittenwidrige Abweichungen von den Leitlinien der ÖNORM B 2110 würden sich beispielsweise in der Vollständigkeitsgarantie, der einseitigen Übertragung des Baugrundrisikos und des Behördenrisikos auf den Auftragnehmer, der Wegehalterhaftung für benützte Straßen und den unsachlichen Gewährleistungsregelungen zeigen. Von Verstößen gemäß Paragraph 99, Absatz 2, BVergG in den Ausschreibungsunterlagen sei daher auszugehen. Als rechtswidrig einzustufen sei auch der ausdrückliche Vorbehalt in Pkt. 2.8 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen zum Widerruf aus jedem sachlichen Grund. Als solcher werde die Änderung des Bedarfs genannt, der es entgegen Paragraph 139, BVergG dem Auftraggeber vorbehalte, selbst bei geringfügigen Änderungen sanktionslos widerrufen zu können. Dadurch würden die in Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 festgelegten Widerrufsgründe zugunsten des Auftraggebers unzulässig erweitert.

Pkt. 4.5 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen (Bieterlücken im Leistungsverzeichnis und Angaben in den Datenblättern) sei aufgrund der Regelung des § 106 Abs 7 BVergG 2006 rechtswidrig. Einem Bieter werde die Möglichkeit genommen, nur "sein" Erzeugnis anzubieten. Pkt. 4.5 des Teils A der Ausschreibungsunterlagen (Bieterlücken im Leistungsverzeichnis und Angaben in den Datenblättern) sei aufgrund der Regelung des Paragraph 106, Absatz 7, BVergG 2006 rechtswidrig. Einem Bieter werde die Möglichkeit genommen, nur "sein" Erzeugnis anzubieten.

Der Antragsteller bekämpfe als gesondert anfechtbare Entscheidung die Ausschreibung. Da die Angebotsfrist am 10.3.2008 ende, sei der am 29.2.2008 eingebrachte Nachprüfungsantrag rechtzeitig. Der Antragsteller erachte sich in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
auf Angebotslegung in einem fairen Verfahren zu angemessenen und nicht sittenwidrigen Bedingungen,
- -Strichaufzählung
auf gesetzeskonforme Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen,
- -Strichaufzählung
auf Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken,
- -Strichaufzählung
auf Begrenzung der abweichenden Festlegungen von geeigneten Leitlinien wie ÖNORMEN oder standardisierten Leistungsbeschreibungen auf einzelne Punkte,

- -Strichaufzählung
auf Unterbleiben von sittenwidrigen abweichenden Festlegungen von geeigneten Leitlinien wie ÖNORMEN oder standardisierten Leistungsbeschreibungen,
- -Strichaufzählung
auf Beschreibung der Leistung unter Bekanntgabe aller Umstände, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind,
- -Strichaufzählung
auf gesetzeskonforme Berichtigung des Ausschreibungsunterlagen,
- -Strichaufzählung
auf gemeinschaftsweite Bekanntmachung der zu vergebenden Leistungen,
- -Strichaufzählung
auf Gewährung der im BVergG festgelegten Mindest-Angebotsfrist,
- -Strichaufzählung
auf Geltendmachung allfälliger aus einer Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit oder sonstigen Unklarheit resultierender Nachteile sowie
- -Strichaufzählung
auf gesetzeskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf.

Bei Fortführung des Vergabeverfahrens würde dem Antragsteller ein beträchtlicher finanzieller Schaden entstehen. Durch die bekämpften Ausschreibungsunterlagen bestehe jedoch die Gefahr des Verlustes einer Chance auf Angebotsabgabe und Angebotsbewertung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sowie die Beteiligung an einem fairen und lauten Wettbewerb. Durch die von vornherein vereitelte Chance auf Zuschlagserteilung drohe dem Antragsteller der Eintritt des Schadens in Form des entgangenen Gewinns aus der Nichtdurchführung des ausgeschriebenen Auftrages von zumindest Euro 600.000,--. Dazu würden die frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und der erforderlichen Rechtsberatung in der Höhe von zumindest Euro 60.000,-- kommen. Außerdem würde dem Antragsteller ein bedeutendes Referenzprojekt entgehen.

Das Interesse am Vertragsabschluss sei bereits durch den Bezug der Ausschreibungsunterlagen sowie durch die Korrespondenz mit der vergebenden Stelle und der Bekämpfung der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen dargetan. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise wäre ein Widerruf oder zumindest eine weitgehende Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich. Die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 7.500,-- seien ordnungsgemäß entrichtet worden.

Angeichts der für den 10.3.2008 vorgesehenen Anbotsöffnung würde der Antragsteller ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor vollendete Tatsachen gestellt und an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert. Eine Anbotsöffnung in Abwesenheit des Antragstellers sei für ihn mit nicht aufholbaren Wettbewerbsnachteilen für ein - in Folge eines erfolgreichen Nachprüfungsantrages - allenfalls berichtigtes Vergabeverfahren verbunden. Im Unterschied zu den übrigen Teilnehmern an einer stattfindenden Anbotsöffnung würde der Antragsteller die bekannt gegebenen Angebotspreise nicht kennen.

Der Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung mit der Untersagung der Anbotsöffnung bzw Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist stünden keine schwerer wiegenden, möglicher Weise geschädigten Interessen der sonstigen Bieter oder des Auftraggebers sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens entgegen. Der Auftraggeber habe die Möglichkeit, eine aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens bewirkte Verzögerung der Auftragsdurchführung bei der terminlichen Projektplanung zu berücksichtigen.

Auf den Vorrang des provisorischen Rechtsschutzes und des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter werde verwiesen. Die beantragte Untersagung der Anbotsöffnung in Verbindung mit der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist sei als gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu beurteilen. Es könne vom Antragsteller nicht verlangt werden, sich unter Zugrundelegung von Ausschreibungsbestimmungen am Vergabeverfahren zu beteiligen, die inhaltlich gegen zwingende Bestimmungen des BVergG verstoßen würden.

Mit Schriftsatz vom 4.3.2008 bezifferte der Auftraggeber den geschätzten Auftragswert mit Euro 16 Mio. (ohne Ust.) und legte den Vergabeakt vor. Der Auftrag sei weder vergeben noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Mit Berichtigung vom 4.3.2008 sei die Angebotsfrist bis 14.4.2008 – also bis zur längsten zulässigen Dauer des eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens – verlängert worden. Die an die jeweiligen Interessenten dazu ergangenen Faxmitteilungen

samt Übermittlungsbestätigungen waren angeschlossen. Daraus ging unter anderem hervor: "..... Berichtigung – Anfrage 6:

Der Schlusstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen wird von ursprünglich 22.2.2008, 12.00 Uhr auf 7.4.2008, 12.00 Uhr verlängert.

Der Schlusstermin für den Eingang von Angeboten (Angebotsfrist) wird von ursprünglich 10.3.2008, 10.00 Uhr auf 14.4.2008, 10.00 Uhr verlängert.

Der Auftraggeber behält sich – je nach Ausgang des Nachprüfungsverfahrens – vor, diese Fristen nochmals zu verlängern bzw zu verkürzen."

Weiters führte der Auftraggeber aus, dass Angebote bis dato nicht eingelangt seien. Gemäß § 118 BVergG 2006 sei es auch verwehrt, allenfalls zwischenzeitig eingelangte Angebote zu öffnen. Angesichts der verlängerten Angebotsfrist bis 14.4.2008 habe das Bundesvergabeamt gemäß § 326 BVergG noch vor Ablauf der Angebotsfrist eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung zu treffen. Weiters führte der Auftraggeber aus, dass Angebote bis dato nicht eingelangt seien. Gemäß Paragraph 118, BVergG 2006 sei es auch verwehrt, allenfalls zwischenzeitig eingelangte Angebote zu öffnen. Angesichts der verlängerten Angebotsfrist bis 14.4.2008 habe das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 326, BVergG noch vor Ablauf der Angebotsfrist eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung zu treffen.

Aufgrund der Angebotsfristverlängerung würden die Sicherungsinteressen des Antragstellers zur Gänze erfüllt. Im Hinblick auf die Judikatur des BVA (7.6.2006, N/0041-BVA/07/2006- EV13) sei eine Aussetzung der Angebotsfrist und Untersagung der Anbotsöffnung weder ein notwendiges noch geeignetes Mittel zur Beseitigung oder Verhinderung einer unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers. Der diesbezügliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher zurückzuweisen.

Aus der genannten Judikatur des BVA ergebe sich auch, dass das Eventualbegehren des Antragstellers, das Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens auszusetzen bzw die Fortsetzung zu untersagen, überschießend sei. Dies gelte auch für das auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichtete Eventualbegehren. Mangels Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wäre aber ohnehin eine Zuschlagserteilung nichtig.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, wurde im BGBl I Nr. 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten, der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, wurde im Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVergG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten, der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVergG sind die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH [vgl. EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle)], wonach vom Vorliegen einer Auftragsvergabe auszugehen ist, sofern ein öffentlicher Auftraggeber Willensäußerungen im Zusammenhang mit dem Auftrag, die auf irgendeine Weise dem interessierten Personenkreis zur Kenntnis gelangen, tätigt, wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren aufgrund der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgten Vorinformation am 22.6.2007 im Jahr 2007 eingeleitet wurde. Damit ist als Prüfmaßstab im oben genannten Sinn das BVergG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVergG sind die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet

wurde, die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Vor dem Hintergrund der Judikatur des EuGH [vgl. EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle)], wonach vom Vorliegen einer Auftragsvergabe auszugehen ist, sofern ein öffentlicher Auftraggeber Willensäußerungen im Zusammenhang mit dem Auftrag, die auf irgendeine Weise dem interessierten Personenkreis zur Kenntnis gelangen, tätigt, wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren aufgrund der im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgten Vorinformation am 22.6.2007 im Jahr 2007 eingeleitet wurde. Damit ist als Prüfmaßstab im oben genannten Sinn das BVergG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, heranzuziehen.

Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 1.1.2008 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren (§ 345 Abs 13 Z 2 BVergG) – das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht – vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007, (BVergG) anzuwenden. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 1.1.2008 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren (Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, BVergG) – das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht – vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, (BVergG) anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
Unvorgeflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass es sich beim Wasserverband für den Marchhochwasserschutzdamm Marchegg-Zwerndorf um einen Wasserverband iSd § 88 Abs 1 lit a WRG und somit um einen Auftraggeber iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 handelt. römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
Unvorgeflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass es sich beim Wasserverband für den Marchhochwasserschutzdamm Marchegg-Zwerndorf um einen Wasserverband iSd Paragraph 88, Absatz eins, Litera a, WRG und somit um einen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 handelt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG rechtzeitig ist.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 16.000.000 (ohne Ust) ist auch der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit ist nicht auszugehen [vgl. EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service); ebenso BVA 21.8.2007, N/0078-BVA/14/2007-EV09; 8.2.2008, N/0014- BVA/09/2008-EV12; 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008-0011 u.a.]. Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG erfüllt, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 16.000.000 (ohne Ust) ist auch der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit ist nicht auszugehen [vgl. EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service); ebenso BVA 21.8.2007, N/0078-BVA/14/2007-EV09; 8.2.2008, N/0014- BVA/09/2008-EV12; 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008-0011 u.a.]. Da der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung
römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Antragsteller hat die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bzw einzelner Punkte der Ausschreibung behauptet. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben dargelegte Vorbringen nicht denkunmöglich. Darüber ist im Provisorialverfahren aber nicht abzusprechen, vielmehr wird dies im Hauptverfahren zu beurteilen sein.

Der Auftraggeber hat zwar durch Telefaxmitteilung vom 4.3.2008 an die interessierten Bewerber den Schlusstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen vom ursprünglich 22.2.2008, 12.00 Uhr, auf 7.4.2008, 12.00 Uhr sowie den Schlusstermin für den Eingang der Angebote von ursprünglich 10.3.2008, 10.00 Uhr auf 14.4.2008, 10.00 Uhr, verlängert, womit nunmehr der Schlusstermin für den Angebotseingang drei Tage über der in § 326 BVergG vorgesehenen sechswöchigen Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge liegen würde. Gleichzeitig hat er sich aber abhängig vom Nachprüfungsverfahrens Ausgang auch die Verkürzung dieser Fristen vorbehalten. Der Auftraggeber hat zwar durch Telefaxmitteilung vom 4.3.2008 an die interessierten Bewerber den Schlusstermin für die Anforderung von oder Einsicht in Unterlagen vom ursprünglich 22.2.2008, 12.00 Uhr, auf 7.4.2008, 12.00 Uhr sowie den Schlusstermin für den Eingang der Angebote von ursprünglich 10.3.2008, 10.00 Uhr auf 14.4.2008, 10.00 Uhr, verlängert, womit nunmehr der Schlusstermin für den Angebotseingang drei Tage über der in Paragraph 326, BVergG vorgesehenen sechswöchigen Entscheidungsfrist für Nachprüfungsanträge liegen würde. Gleichzeitig hat er sich aber abhängig vom Nachprüfungsverfahrens Ausgang auch die Verkürzung dieser Fristen vorbehalten.

Aufgrund der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung und daraus resultierender allfälliger

Unkalkulierbarkeit des als einziges Zuschlagskriterium geltenden Angebotspreises kann die Bestellung eines Sachverständigen nicht ausgeschlossen werden, sodass voraussichtlich mit einer für das Nachprüfungsverfahren vorgesehenen sechswöchigen Entscheidungsfrist nicht das Auslangen gefunden werden kann. Anders als in der vom Auftraggeber zitierten Entscheidung des BVA wurde im gegenständlichen Verfahren die Angebotsfrist auch nicht weit über die für das Nachprüfungsverfahren vorgesehene sechswöchige Entscheidungsfrist des BVA hinaus verlängert und damit in Verbindung stehend auch der Termin für die Angebotsöffnung verlegt.

Aufgrund dieser Umstände wurde - entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers - das vom Antragsteller geltend gemachte Sicherungsinteresse, wegen des Ablaufs der Angebotsfrist und Anbotsöffnung an der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren verhindert zu sein und Gefahr zu laufen, dass in weiterer Folge - ohne die Entscheidung über das Nachprüfungsantrag abzuwarten - der Zuschlag erteilt werden würde, nicht zur Gänze erfüllt.

Die begehrte Maßnahme der Untersagung der Anbotsöffnung ist aufgrund der zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation ein nach wie vor notwendiges und geeignetes Mittel, um dem Antragsteller die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Angebotes zu sichern. Das Verfahren ist bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (vgl dazu VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054; ebenso BVA 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 19.4.2007, N/0034- BVA/10/2007-EV020; 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-EV10 u.a). Angemerkt wird in diesem Zusammenhang auch, dass der Auftraggeber in seiner Telefaxmitteilung vom 4.3.2008 an Bewerber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sich auch abhängig vom Ausgang des Nachprüfungsverfahrens die Vornahme einer Verkürzung der verlängerten Fristen vorbehält. Die begehrte Maßnahme der Untersagung der Anbotsöffnung ist aufgrund der zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation ein nach wie vor notwendiges und geeignetes Mittel, um dem Antragsteller die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Angebotes zu sichern. Das Verfahren ist bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand zu halten, der die Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonformen Vergabeverfahren ermöglicht. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht vergleiche dazu VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054; ebenso BVA 15.2.2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 19.4.2007, N/0034- BVA/10/2007-EV020; 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-EV10 u.a). Angemerkt wird in diesem Zusammenhang auch, dass der Auftraggeber in seiner Telefaxmitteilung vom 4.3.2008 an Bewerber des gegenständlichen Vergabeverfahrens sich auch abhängig vom Ausgang des Nachprüfungsverfahrens die Vornahme einer Verkürzung der verlängerten Fristen vorbehält.

Im Gegensatz zur Untersagung der Angebotsöffnung stellen die begehrten Maßnahmen der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist oder die eventualiter begehrte Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv § 329 Abs 2 BVergG dar. Vielmehr würden die Vergabeverfahrensaussetzung bzw die Untersagung der Fortsetzung die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers über Gebühr einschränken und ihm die Möglichkeit allfälliger Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen im Sinne der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nehmen. Diese begehrten Maßnahmen waren daher jedenfalls als überschießend abzuweisen (vgl. in diesem Zusammenhang BVA 7.6.2006, N/0041-BVA/07/2006-EV13 u.a.). Im Gegensatz zur Untersagung der Angebotsöffnung stellen die begehrten Maßnahmen der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist oder die eventualiter begehrte Aussetzung des Vergabeverfahrens bzw die Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens nicht die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 2, BVergG dar. Vielmehr würden die Vergabeverfahrensaussetzung bzw die Untersagung der Fortsetzung die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers über Gebühr einschränken und ihm die Möglichkeit allfälliger Korrekturen der Ausschreibungsunterlagen im Sinne der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten nehmen. Diese begehrten Maßnahmen waren daher jedenfalls als überschießend abzuweisen vergleiche in diesem Zusammenhang BVA 7.6.2006, N/0041-BVA/07/2006-EV13 u.a.).

Eine Untersagung der Zuschlagserteilung stellt in der gegenständlichen Fallkonstellation nicht die geeignete Maßnahme dar, zumal dem Auftraggeber allenfalls die Möglichkeit gegeben wäre, während des laufenden Nachprüfungsverfahrens die Anbote zu öffnen, sodass den anbotslegenden Bietern die Angebotspreise bekannt

werden würden und somit im Fall einer allfälligen Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw einzelner Punkte diese dem Antragsteller gegenüber einen Wettbewerbsvorteil genießen könnten.

Außer dem oben dargestellten Vorbringen hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Der Senatsvorsitzenden sind auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Die Erstreckung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber zeugt auch von keiner besonderen Dringlichkeit des Vorhabens, sodass der Auftraggeber offensichtlich bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgernd auf mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht genommen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/02; ebenso BVA 17.11.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6; 2.10.2007, N/0089- BVA/11/2007-7EV u.a.). Die Erstreckung der Angebotsfrist durch den Auftraggeber zeugt auch von keiner besonderen Dringlichkeit des Vorhabens, sodass der Auftraggeber offensichtlich bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgernd auf mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht genommen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/02; ebenso BVA 17.11.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6; 2.10.2007, N/0089- BVA/11/2007-7EV u.a.).

Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (vgl. VfGH 15.10.2001, B 1369/01; ebenso BVA 9.1.2008, N/0001-BVA/12/2008-5; 10.1.2008, N/0006-BVA/04/2008- EV8 u.a.). Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen vergleiche VfGH 15.10.2001, B 1369/01; ebenso BVA 9.1.2008, N/0001-BVA/12/2008-5; 10.1.2008, N/0006-BVA/04/2008- EV8 u.a.).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen bei einer Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung des angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird auch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen bei einer Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung des angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird auch die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt.

Dokumentnummer

VERGT_20080307_N_0024_BVA_04_2008_EV10_00

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