

TE Verg Bescheid 2007/10/2 N/0089-BVA/11/2007-7EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.10.2007

Norm

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs1

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 § 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag des A***, vertreten durch X***, vom 24.9.2007 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 25.9.2007), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, über den Antrag des A***, vertreten durch X***, vom 24.9.2007 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 25.9.2007), wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung und die Zuschlagserteilung untersagt wird" wird insofern stattgegeben als der Lauf der Angebotsfrist im Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn,

Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längsten jedoch bis zum 6. November 2007, ausgesetzt und der ASFINAG Bau Management GmbH bis zum selben Datum untersagt wird, die eingelangten Angebote zu öffnen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Die ASFINAG Bau Management GmbH (in der Folge Auftraggeberin) schrieb den verfahrensgegenständlichen Auftrag durch Bekanntmachung vom 11.8.2007, veröffentlicht im Supplement zum ABL 2007/S 154-192178 aus. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, der dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Die durch die Ausschreibung vorgegebene Angebotsfrist endet am 2.10.2007, 10.00 Uhr.

Der gegenständliche Antrag begehrt die Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. von Teilen der Ausschreibung. Begründend bringt die Antragstellerin vor, die Ausschreibungsunterlagen enthielten rechtswidrige Regelungen über die vertiefte Angebotsprüfung. So werde die Angemessenheit der Preise iSd § 125 BVergG 2006 dergestalt festgelegt, dass bei mehr als 35% Abweichung vom Mittelwert der abgegebenen und der entsprechend der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 ermittelten Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen werde), das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden werde. Die Auftraggeberin habe diesen Ausscheidensgrund damit begründet, dass die Erfahrung gezeigt habe, dass viele Auftragnehmer nach Auftragsvergabe ihren billigen Angebotspreis durch Nachträge und entsprechendes Claim-Management an den tatsächlichen Aufwand anzupassen versuchten. Um solchen Vorgangsweisen entgegen zu steuern, würde sie Angebote ausscheiden, die unter dem von der Auftraggeberin gemäß den Ausschreibungsbestimmungen ermittelten Mittelwert lägen. Nach Ansicht des Antragstellers widerspreche diese Begründung den Intentionen des Gesetzgebers und sei auch inhaltlich nicht nachvollziehbar. Um berechnete Nachtragsforderungen zu vermeiden, müssten nur die Leistungsbeschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis sorgfältig ausgearbeitet werden. Der von der Auftraggeberin verwendete Ausscheidensgrund führe aus Bietersicht zu einem Glücksspiel, da die für den Mittelwert relevanten Parameter unbekannt seien. Darüber hinaus biete diese Ausschreibungsbestimmung auch ein hohes Manipulationspotential, da auch die Kostenschätzung der Auftraggeberin in die Mittelwertmethode einfließe, diese Kostenschätzung den Bietern aber nicht bekannt gegeben werde. Diesbezügliche Anfragen des Antragstellers seien bis dato unbeantwortet geblieben. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Kostenschätzung von der Auftraggeberin nach Vorliegen der Angebote so erstellt werde, dass ein der Auftraggeberin genehmer Bieter den Zuschlag erhalte. Die gegenständliche Ausschreibungsbestimmung verstoße gegen § 130 BVergG 2006 sowie gegen § 125 BVergG 2006 und habe auch der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach die von der Auftraggeberin verwendete Preisprüfungsmethode für rechtswidrig erklärt. Der gegenständliche Antrag begehrt die Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. von Teilen der Ausschreibung. Begründend bringt die Antragstellerin vor, die Ausschreibungsunterlagen enthielten rechtswidrige Regelungen über die vertiefte Angebotsprüfung. So werde die Angemessenheit der Preise iSd Paragraph 125, BVergG 2006 dergestalt festgelegt, dass bei mehr als 35% Abweichung vom Mittelwert der abgegebenen und der entsprechend der Bestimmung des Paragraph 108, BVergG 2006 ermittelten Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen werde), das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden werde. Die Auftraggeberin habe diesen Ausscheidensgrund damit begründet, dass die Erfahrung gezeigt habe, dass viele Auftragnehmer nach Auftragsvergabe ihren billigen Angebotspreis durch Nachträge und entsprechendes Claim-Management an den tatsächlichen Aufwand anzupassen versuchten. Um solchen Vorgangsweisen entgegen zu steuern, würde sie Angebote ausscheiden, die unter dem von der Auftraggeberin gemäß den Ausschreibungsbestimmungen ermittelten Mittelwert lägen. Nach Ansicht des Antragstellers widerspreche diese Begründung den Intentionen des Gesetzgebers und sei auch inhaltlich nicht nachvollziehbar. Um berechnete Nachtragsforderungen zu vermeiden, müssten nur die Leistungsbeschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis sorgfältig ausgearbeitet werden. Der von der Auftraggeberin verwendete Ausscheidensgrund führe aus Bietersicht zu einem Glücksspiel, da die für den Mittelwert relevanten Parameter unbekannt seien. Darüber hinaus biete diese Ausschreibungsbestimmung auch ein hohes Manipulationspotential, da auch die Kostenschätzung der Auftraggeberin in die Mittelwertmethode einfließe, diese Kostenschätzung den Bietern aber nicht bekannt gegeben werde.

Diesbezügliche Anfragen des Antragstellers seien bis dato unbeantwortet geblieben. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Kostenschätzung von der Auftraggeberin nach Vorliegen der Angebote so erstellt werde, dass ein der Auftraggeberin genehmer Bieter den Zuschlag erhalte. Die gegenständliche Ausschreibungsbestimmung verstoße gegen Paragraph 130, BVergG 2006 sowie gegen Paragraph 125, BVergG 2006 und habe auch der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach die von der Auftraggeberin verwendete Preisprüfungsmethode für rechtswidrig erklärt.

In Pkt. 1,305.2.2 des Teils A - 1 der Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass Referenzen sowohl als Eignungs- als auch als Zuschlagskriterien verwertet werden könnten. Eine Doppelverwertung von Referenzen als Eignungs- u. als Zuschlagskriterien sei jedoch sowohl nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als auch nach der ständigen Rechtsprechung des BVA unzulässig.

Gemäß Teil A - 1 Pkt.1, 305.2.4 der Ausschreibungsunterlagen werde die Art der Ausbildung und der Berufserfahrung des Projektleiters und des Projektleiterstellvertreters bewertet. Dabei handle es sich aber, wie aus § 75 Abs 7 Z 5 BVergG 2006 hervorgehe, in Wahrheit um ein Eignungskriterium. Die Ausbildung einer für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Person, wie insbesondere eines Projektleiters, werde vom Gesetz eindeutig als unternehmensbezogenes Eignungskriterium gewertet. Aus diesem Grund könne auch dieses Kriterium nicht als auftragsbezogenes Zuschlagskriterium herangezogen werden. Weiters sei dieses Subkriterium auch unsachlich und diskriminierend, da laut Ausschreibung im Wesentlichen bloß österreichische akademische Titel bewertet würden. Es würden zwar nach dem Ausschreibungswortlaut auch dem österreichischen Bildungssystem vergleichbare Ausbildungen gewertet, der Nachweis der Gleichwertigkeit sei aber vom Bieter zu erbringen. Völlig unbestimmt sei, was die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang unter einer vergleichbaren oder gleichwertigen Ausbildung verstehe. Schon aus diesem Grund könne der von der Auftraggeberin verlangte Nachweis faktisch nicht erbracht werden. Gemäß Teil A - 1 Pkt.1, 305.2.4 der Ausschreibungsunterlagen werde die Art der Ausbildung und der Berufserfahrung des Projektleiters und des Projektleiterstellvertreters bewertet. Dabei handle es sich aber, wie aus Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVergG 2006 hervorgehe, in Wahrheit um ein Eignungskriterium. Die Ausbildung einer für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Person, wie insbesondere eines Projektleiters, werde vom Gesetz eindeutig als unternehmensbezogenes Eignungskriterium gewertet. Aus diesem Grund könne auch dieses Kriterium nicht als auftragsbezogenes Zuschlagskriterium herangezogen werden. Weiters sei dieses Subkriterium auch unsachlich und diskriminierend, da laut Ausschreibung im Wesentlichen bloß österreichische akademische Titel bewertet würden. Es würden zwar nach dem Ausschreibungswortlaut auch dem österreichischen Bildungssystem vergleichbare Ausbildungen gewertet, der Nachweis der Gleichwertigkeit sei aber vom Bieter zu erbringen. Völlig unbestimmt sei, was die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang unter einer vergleichbaren oder gleichwertigen Ausbildung verstehe. Schon aus diesem Grund könne der von der Auftraggeberin verlangte Nachweis faktisch nicht erbracht werden.

Gemäß Teil A - 3 Pkt. 3.1 der Ausschreibungsunterlagen gelten als rechtliche Vertragsbestimmungen die ÖNORM B 2118. Diese Regelung verstoße gegen § 99 Abs 2 BVergG 2006, da nach dem Gesetzestext es sich bei "Leitlinien" nicht um solche handeln könne, die der Auftraggeber selbst für sich gestaltet habe. Laut § 99 Abs 2 BVergG 2006 seien Leitlinien nur solche, die von dritter Seite zur Verfügung stünden. Die Auftraggeberin habe festgelegt, dass die ÖNORM B 2118 als allgemeine rechtliche Vertragsbestimmung gelten solle. Diese ÖNORM sei jedoch noch gar keine ÖNORM, weil sie als sogenannter "Gründruck" bloß im Entwurf vorliege und der als Grundprinzip von ÖNORMEN geltende Konsens derzeit überhaupt noch nicht vorliege. Hinzu komme noch, dass der vorliegende Entwurf der ÖNORM für Bauleistungen, nicht jedoch für, wie im gegenständlichen Fall ausgeschrieben, Dienstleistungen erstellt worden sei. Bei dem durch die Auftraggeberin herangezogenen Entwurf der ÖNORM B 2118 handle es sich daher um keine geeignete Leitlinie iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006. Gemäß Teil A - 3 Pkt. 3.1 der Ausschreibungsunterlagen gelten als rechtliche Vertragsbestimmungen die ÖNORM B 2118. Diese Regelung verstoße gegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006, da nach dem Gesetzestext es sich bei "Leitlinien" nicht um solche handeln könne, die der Auftraggeber selbst für sich gestaltet habe. Laut Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006 seien Leitlinien nur solche, die von dritter Seite zur Verfügung stünden. Die Auftraggeberin habe festgelegt, dass die ÖNORM B 2118 als allgemeine rechtliche Vertragsbestimmung gelten solle. Diese ÖNORM sei jedoch noch gar keine ÖNORM, weil sie als sogenannter "Gründruck" bloß im Entwurf vorliege und der als Grundprinzip von ÖNORMEN geltende Konsens derzeit überhaupt noch nicht vorliege. Hinzu komme noch, dass der vorliegende Entwurf der ÖNORM für Bauleistungen, nicht jedoch für,

wie im gegenständlichen Fall ausgeschrieben, Dienstleistungen erstellt worden sei. Bei dem durch die Auftraggeberin herangezogenen Entwurf der ÖNORM B 2118 handle es sich daher um keine geeignete Leitlinie iSd Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2006.

Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen seien von den Bietern im Teil B (Leistungsverzeichnis) der Ausschreibungsunterlagen auszupreisen. Es seien darin nahezu ausschließlich Pauschalpreise anzubieten. Obwohl bis auf wenige Ausnahmen Pauschalpreise anzubieten und darüber hinaus sämtliche zur Erreichung des Projektzieles erforderlichen Leistungen einzukalkulieren seien, sei die im Teil 2 enthaltene Leistungsbeschreibung jedoch sowohl inhaltlich als auch umfänglich unvollständig. So sei etwa in Teil A-2 in Pkt. 2.1 die Projektbeschreibung enthalten, also im Wesentlichen eine grobe Bestandsaufnahme (1. Röhre des Pfändertunnels) samt einer Kurzbeschreibung der vorgesehenen baulichen Maßnahmen (Neuerrichtung einer zweiten Röhre und Sanierung bzw. Adaptierung der bereits bestehenden ersten Röhre). Bereits in diesem Zusammenhang sei die Leistungsbeschreibung unzulänglich, da insbesondere eine für die Kalkulation von Planungsleistungen entscheidende Schätzung der Herstellungskosten fehle. Zum Teil sei auch völlig unklar, welche baulichen Maßnahmen tatsächlich zu erbringen und daher vom Bieter zu planen seien. In Pkt. 2.1.2 Teil A-2 seien insbesondere unzureichende Maßnahmenbeschreibungen enthalten. So werde durch die Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass der Bestand der ersten Röhre aufgrund der Errichtung der zweiten Röhre zu adaptieren, gegebenenfalls zu erweitern oder zu erneuern sei. Es mache jedoch für den Planungsaufwand einen maßgeblichen Unterschied, ob der Bestand bloß zu adaptieren oder aber zu erweitern oder zu erneuern sei. Die Ausschreibung lasse diese Fragen jedoch unbeantwortet. Teilweise würden in der Ausschreibung Umfang und Art der Planungsleistungen von der Auftraggeberin nur exemplarisch und oberflächlich angegeben. Da im vorliegenden Fall zum überwiegenden Teil vom tatsächlichen Aufwand und den Herstellkosten unabhängige Pauschalpreise verlangt würden, seien jedoch der Umfang und die Art der zu erbringenden Planungsleistungen von entscheidender Bedeutung für die Preiskalkulation. Die Verwendung von Begriffen wie "unter anderem", "usw.", "etc.", "z.B." und "im Wesentlichen" sei symptomatisch für die gesamte Leistungsbeschreibung, wobei die Auftraggeberin damit das Risiko einer unvollständigen Aufzählung der zu erbringenden Dienstleistungen auf den Bieter überwälze. In der Projektbeschreibung lege die Auftraggeberin selbst offen, dass ihre Leistungsbeschreibung unvollständig sei. Dies gehe aus Pkt. 2.1.3 des Teiles A-2, in welchem der Leistungsumfang beschrieben werde hervor. Im Anschluss an diese Bestimmung folge im Ausschreibungstext eine exemplarische, also ebenso unvollständige, Aufzählung von Leistungen. Hinzu komme, dass bei einigen dieser bloß exemplarisch genannten Leistungen nicht einmal ansatzweise abschätzbar sei, welcher Arbeitsaufwand damit verbunden sein werde. Bei vielen Leistungen hänge der zu kalkulierende Arbeitsaufwand der Bieter maßgeblich von unbekannten Entscheidungen Dritter oder von Umständen ab, die für die Bieter nicht vorhersehbar seien, so z.B. Anzahl der eingereichten und daher zu öffnenden und zu prüfenden Angebote für die Herstellungsleistungen. Auch Pkt. 2.2 des Teiles A-2 enthalte Aufgabenbeschreibungen, wo die Auftraggeberin einleitend neuerlich auf die Unvollständigkeit ihrer Leistungsbeschreibung und den bloß exemplarischen Charakter der beschriebenen Leistungen hinweise.

In Pkt. 2.2 des Teiles A-2 sei insbesondere die Teilnahme an Besprechungen während der Planungs- u. Projektierungsphase vorgesehen. Die tatsächlich zu kalkulierende Anzahl von Besprechungen und deren jeweiliges zeitliches Ausmaß seien völlig offen. Im Leistungsverzeichnis Teil B sei zwar für Projektbesprechungen ausnahmsweise keine Pauschale vorgesehen, sondern ein Tagsatz, es sei aber einerseits die Dauer der einzelnen Besprechungen unklar, andererseits gelte dieser Tagsatz ausschließlich für Projektbesprechungen gemeinsam mit dem Auftraggeber.

Pkt. 2.2.4 des Teils A-2 beschreibe die Ausführungsplanung. Die darin angeführten Leistungen seien allerdings hinsichtlich ihres Umfangs und des damit verbundenen Aufwandes ebenfalls nicht hinreichend bestimmt. Weiters enthalte die Leistungsbeschreibung ("Aufgabenbeschreibung") Leistungen, die zumindest hinsichtlich des damit verbundenen Aufwandes von zum Zeitpunkt der Angebotslegung unbekannten Leistungen Dritter abhängen.

Pkt. 2.2.5 des Teiles A-2 beschreibe die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für die auszuführenden Gewerke. Auch hier enthalte der Text der Leistungsbeschreibung zahlreiche Abstimmungserfordernisse ohne auch nur ansatzweise den damit verbundenen Aufwand offen zu legen. Im Ergebnis könne diese Regelung etwa dazu führen, dass der Auftragnehmer die von ihm für die einzelnen Gewerke erstellten Ausschreibungsunterlagen beliebig oft überarbeiten oder abändern müsse und zwar unabhängig davon, ob sie gesetzeskonform seien.

Pkt. 2.2.6 des Teiles A-2 beschreibe die vom Auftragnehmer für die einzelnen Gewerke zu erbringenden Leistungen. Es

handle sich beim Ausschreibungspaket um pauschal zu vergütende Leistungen. Mit einer einzigen Ausnahme ("Erstellen eines Auftragsschreibens mit AG, ÖBA und BK") sei der Umfang der angeführten Leistungen unbestimmt. Der mit diesen Leistungen verbundene Aufwand hänge nämlich maßgeblich von Faktoren ab, die den Bietern zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht bekannt seien (z.B. Anzahl der Angebote und Bieter für ausführende Gewerke, Qualität dieser Angebote, Anzahl und Art der Bieteranfragen je Gewerk etc.).

Pkt. 2.2.8 des Teiles A-2 beschreibe "allgemeine Aufgaben", die ebenfalls mit den angebotenen Preisen abgegolten seien. Zu diesen Aufgaben zähle etwa ein umfangreiches und ausreichendes Berichtswesen. In der dazu angeführten, wieder nur exemplarischen Auflistung sei der Punkt Verfassen von Stellungnahmen an den ASFINAG- bzw. BMG-Aufsichtsrat enthalten. Art, Umfang und Anzahl solcher Stellungnahmen blieben offen.

Die Mangelhaftigkeit der Leistungsbeschreibung werde schließlich auch aufgrund der Regelung in Pkt. 1,317 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen verdeutlicht, wonach das Angebot vom Bieter so zu erstellen sei, dass im Fall einer internen Verschiebung des Leistungsablaufes keine Mehrkosten abgeleitet werden könnten. Der Bieter habe eine diesbezügliche flexible Personaldisposition in die Angebotssumme einzurechnen. Zeitraum bzw. Zeitpunkt der Leistungserbringung seien in der Kalkulation wesentliche Umstände der Leistungserbringung. Gerade dies werde aber von der Auftraggeberin offen gelassen. Risiken aus der Verzögerung seien selbst dann vom Bieter zu übernehmen, wenn diese Verzögerungen nicht in seiner Sphäre lägen. Die vorliegende Leistungsbeschreibung sei weder vollständig noch ließen sich daraus alle für die Angebotserstellung maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen. Schon aus diesem Grund sei die Leistungsbeschreibung rechtswidrig.

Im Leistungsverzeichnis Teil B der Ausschreibungsunterlage seien insgesamt 73 Preispositionen enthalten, davon seien 60 Pauschalpreispositionen. Gemäß § 24 Abs 4 BVergG 2006 sei aber die Ausschreibung nach Pauschalpreisen nur dann zulässig, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen sei, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt seien und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen sei. Dies sei gerade bei den betroffenen Pauschalpreispositionen nicht der Fall. Teil B der Ausschreibung sei daher auch aus diesem Grunde rechtswidrig, als dort Pauschalen auszureisen seien. Im Leistungsverzeichnis Teil B der Ausschreibungsunterlage seien insgesamt 73 Preispositionen enthalten, davon seien 60 Pauschalpreispositionen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, BVergG 2006 sei aber die Ausschreibung nach Pauschalpreisen nur dann zulässig, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen sei, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt seien und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen sei. Dies sei gerade bei den betroffenen Pauschalpreispositionen nicht der Fall. Teil B der Ausschreibung sei daher auch aus diesem Grunde rechtswidrig, als dort Pauschalen auszureisen seien.

Dadurch, dass die Auftraggeberin Pauschalpreise verlange, obwohl weder die Leistung, noch die Umstände der Leistungsbeschreibung hinreichend genau beschrieben seien, würden den Bietern unkalkulierbare Risiken überbunden. Hinzu komme, dass auch im vertragsrechtlichen Teil der Ausschreibung (A-3) zahlreiche Bestimmungen enthalten seien, die zivilrechtlich und vergaberechtlich rechtswidrig seien oder zumindest eine erhebliche Risikoverschiebung zu Lasten der Bieter bedeuteten. So sei in Pkt. 3.2.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage festgelegt, dass aufgrund des hohen Risikopotentials der Dienstleistung aus Sicherheitsgründen es für die Verständigung mit den Vertretern des Auftraggebers erforderlich sei, dass alle leitenden Mitarbeiter der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig seien. Diese Bestimmung sei diskriminierend und sachlich nicht gerechtfertigt, weil es besten Falls darauf ankommen könne, ob die mit den Vertretern der Auftraggeberin in Kontakt stehenden Mitarbeiter der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig seien.

Gemäß Pkt. 3.2.6.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen müsste der Auftragnehmer erkennbare Mängel in den ihm von der Auftraggeberin bereitgestellten Unterlagen mitteilen, andernfalls er für die Unterlassung zu haften habe. Damit überbinde die Auftraggeberin die Risiken aus der Mangelhaftigkeit der von ihr selbst beigestellten Unterlagen an den Auftragnehmer.

Pkt. 3.2.6.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen enthalte darüber hinaus eine zusätzliche Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer, da Mängel nur dann als nicht erkennbar gelten, wenn der Auftragnehmer schriftlich auf die Notwendigkeit der Beiziehung von Sonderfachleuten bzw. auf notwendige Untersuchungen hingewiesen habe. Diese Regelung sei unsachlich, weil sie unabhängig davon gelte, ob dem Auftragnehmer die Notwendigkeit der Beiziehung von Sonderfachleuten oder von Untersuchungen erkennbar sei oder erkennbar sein müsste.

Pkt. 3.2.7.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen enthalte eine Optimierungspflicht, die zu einer unkalkulierbaren Haftung des Auftragnehmers führe. Der Auftragnehmer könne nämlich von der Auftraggeberin trotz sach- und fachgerechter Leistungserbringung in Anspruch genommen werden, weil eine andere ebenfalls sach- und fachgerechte Art der Leistungserbringung zu einem wirtschaftlich besseren Ergebnis geführt hätte.

Nach Pkt. 3.2.8 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen müsse ein Auftragnehmer selbst dann Leistungen erbringen, wenn für ihn in keiner Weise vorhersehbar sei, ob und in welcher Höhe er dafür eine Vergütung erhalte.

Pkt. 3.2.11 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage enthalte ein Zessionsverbot, was § 1396a Abs 1 ABGB widerspreche. Nach den Bestimmungen des ABGB müsste ein Zessionsverbot im Einzelnen ausgehandelt werden. Darüber hinaus bedeute diese Regelung in der Ausschreibung aber auch ein nicht kalkulierbares Liquiditätsrisiko für den Bieter. Grundsätzlich würden die zu erbringenden Leistungen entsprechend den Positionen des Leistungsverzeichnisses und den tatsächlich erbrachten Leistungen vergütet (Pkt. 3.2.10.1 des Teiles A-3). Der Zeitpunkt der Leistungserbringung hänge auch von Faktoren ab, die vom Auftragnehmer nicht beeinflussbar seien; so z.B. behördliches Genehmigungsverfahren, Verzögerungen bei den Ausführungsleistungen etc. Der Leistungszeitpunkt sei daher ebenso ungewiss, wie der Zahlungszeitpunkt. Gleichzeitig werde dem Auftragnehmer durch die gegenständliche Vertragsregelung die Möglichkeit genommen, allenfalls mangelnde Liquidität durch eine Forderungszession auszugleichen. Pkt. 3.2.11 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage enthalte ein Zessionsverbot, was Paragraph 1396 a, Absatz eins, ABGB widerspreche. Nach den Bestimmungen des ABGB müsste ein Zessionsverbot im Einzelnen ausgehandelt werden. Darüber hinaus bedeute diese Regelung in der Ausschreibung aber auch ein nicht kalkulierbares Liquiditätsrisiko für den Bieter. Grundsätzlich würden die zu erbringenden Leistungen entsprechend den Positionen des Leistungsverzeichnisses und den tatsächlich erbrachten Leistungen vergütet (Pkt. 3.2.10.1 des Teiles A-3). Der Zeitpunkt der Leistungserbringung hänge auch von Faktoren ab, die vom Auftragnehmer nicht beeinflussbar seien; so z.B. behördliches Genehmigungsverfahren, Verzögerungen bei den Ausführungsleistungen etc. Der Leistungszeitpunkt sei daher ebenso ungewiss, wie der Zahlungszeitpunkt. Gleichzeitig werde dem Auftragnehmer durch die gegenständliche Vertragsregelung die Möglichkeit genommen, allenfalls mangelnde Liquidität durch eine Forderungszession auszugleichen.

Pkt. 3.2.14 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen überbinde im besonderen Maße jene Risiken an den Auftragnehmer, die eindeutig der Sphäre der Auftraggeberin zuzuordnen wären. Demnach hafte der Auftragnehmer solidarisch mit anderen Auftragnehmern der Auftraggeberin (z.B. ÖBA), obwohl diese anderen Auftragnehmer von der Auftraggeberin ausgewählt worden und den Bietern derzeit nicht einmal bekannt seien.

Gemäß Pkt. 3.2.17.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen könne die Auftraggeberin Sicherstellungen auch zur Kompensation anderer, an den Auftragnehmer gerichteter Forderungen heranziehen. Die willkürliche Verwendung der Sicherstellung für andere Forderungen widerspreche dem § 85 Abs 1 u. 2 Z 32 BVergG 2006. Dort würden einerseits die Art der zulässigen Sicherstellungen und andererseits deren Zweck abschließend gesetzlich normiert. Der von der Auftraggeberin genannte Sicherungszweck sei darin nicht enthalten. Gemäß Pkt. 3.2.17.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen könne die Auftraggeberin Sicherstellungen auch zur Kompensation anderer, an den Auftragnehmer gerichteter Forderungen heranziehen. Die willkürliche Verwendung der Sicherstellung für andere Forderungen widerspreche dem Paragraph 85, Absatz eins, u. 2 Ziffer 32, BVergG 2006. Dort würden einerseits die Art der zulässigen Sicherstellungen und andererseits deren Zweck abschließend gesetzlich normiert. Der von der Auftraggeberin genannte Sicherungszweck sei darin nicht enthalten.

Gemäß Pkt. 3.2.17.3 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen komme als Sicherstellungsmittel grundsätzlich nur eine Bargeldsicherstellung in Frage. Andere Sicherstellungsmittel müssen von der Auftraggeberin akzeptiert werden. Dies widerspreche wiederum § 85 Abs 2 BVergG 2006, wonach in den Ausschreibungsunterlagen eine Bankgarantie als Sicherstellungsmittel festzulegen sei, die nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden könne. Gemäß Pkt. 3.2.17.3 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen komme als Sicherstellungsmittel grundsätzlich nur eine Bargeldsicherstellung in Frage. Andere Sicherstellungsmittel müssen von der Auftraggeberin akzeptiert werden. Dies widerspreche wiederum Paragraph 85, Absatz 2, BVergG 2006, wonach in den Ausschreibungsunterlagen eine Bankgarantie als Sicherstellungsmittel festzulegen sei, die nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden könne.

Gemäß Pkt. 3.2.17.3 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet, Inanspruchnahmen aus den Sicherstellungen zu begründen. Der Auftragnehmer müsse sich darüber hinaus verpflichten, keine einstweilige Verfügung gegen die Inanspruchnahme zu erwirken. Der damit verbundene Rechtsschutzverzicht sei vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des OGH rechtswidrig.

Pkt. 3.2.18.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage enthalte eine Vergütungsregelung im Rücktrittsfall, wonach, wenn Umstände, die zum Rücktritt des Auftragnehmers geführt hätten, die auf Seiten des Auftraggebers lägen, dieser verpflichtet sei, dem Auftragnehmer die nachzuweisenden Kosten für noch nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung des durch die Nichtvollendung der Leistung erzielten oder erzielbaren Vorteils zu vergüten seien. Im Ergebnis führe diese Bestimmung dazu, dass die Auftraggeberin jederzeit willkürlich vom Vertrag zurücktreten könne. Sie müsse dem Auftragnehmer dann ohnehin bloß die bis dahin entstandenen Kosten ersetzen, die überdies vom Auftragnehmer nachzuweisen seien. Diese Regelung führe insbesondere deshalb zu einem unkalkulierbaren Risiko, weil bei der Preiskalkulation typischer Weise von einem Gesamtleistungsvolumen auszugehen sei. Dieses Gesamtleistungsvolumen könne von der Auftraggeberin aber willkürlich reduziert werden.

Pkt. 3.2.22 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen sähe eine besondere Versicherungspflicht von Arbeitsgemeinschaften vor. Diese Regelung sei einerseits im Hinblick auf die solidarische Haftung von Arbeitsgemeinschaften unsachlich, andererseits führe sie zu einer unzulässigen Benachteiligung von Bietergemeinschaften, weil diese ihre Preise unter Berücksichtigung entsprechend höherer Versicherungskosten kalkulieren müssten.

Pkt. 3.3.10.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen regle die Vertragsstrafe, wobei das Risiko dieser Vertragsstrafe nicht kalkulierbar sei, weil eine Vertragsstrafe selbst dann fällig werden könne, wenn ein Teammitglied wegen Selbstkündigung, Krankheit oder Tod ausgetauscht werden müsse und der beigestellte gleichwertige Ersatz von der Auftraggeberin nicht bewilligt werde.

Die Ausschreibungsunterlagen würden daher auch insbesondere gegen § 79 Abs 3 BVergG 2006 verstoßen, wonach nämlich die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden könnten. Die Ausschreibungsunterlagen würden daher auch insbesondere gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen, wonach nämlich die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden könnten.

Zum Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung führt der Antragsteller aus, er könne nach Ablauf der Angebotsfrist kein auf der Basis einer rechtskonformen Ausschreibungsunterlage erstelltes Angebot mehr legen. Durch die Angebotsöffnung und die Zuschlagserteilung würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen, die vom Antragsteller mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Dies gelte auch für die Aussetzung der Angebotsfrist und die Untersagung der Öffnung der Angebote. Durch die Öffnung der Angebote würden überdies Konkurrenten Kenntnis über Inhalte des Angebotes des Antragstellers erlangen.

Der Antragsteller wolle sich am Vergabeverfahren beteiligen, um den Auftrag zu erhalten und damit entsprechenden Gewinn zu erwirtschaften. Für die bisherigen Aktivitäten des Antragstellers im Rahmen der bekämpften Ausschreibung seien ihm bereits Kosten in Höhe von insgesamt etwa Euro 10.000.- entstanden. Weiters würde der Antragsteller durch die Unmöglichkeit der Erstellung eines erfolversprechenden Angebotes die Chance auf ein für zukünftige Vergabeverfahren wichtiges Referenzprojekt verlieren.

In ihrem Schriftsatz vom 27.9.2007 nahm die Auftraggeberin zum Antrag wie folgt Stellung:

Wie der Firmenbezeichnung des Antragstellers zu entnehmen sei, handle es sich beim Antragsteller um einen zugelassenen Architekten oder um ein Architekturbüro. Die bekämpfte Ausschreibung beinhalte aber Leistungen wie Energieversorgung, Beleuchtung, Belüftung, Verkehrslenkung, Verkehrsdatenerfassung, Videoüberwachung, Notrufeinstellungen von Notrufeinrichtungen und Beschallungsanlagen sowie Fernsprechanlagen und Gefahrenmeldeanlagen, Informationsübertragung, Funkanlage und Videozentraltechnik, etc. in einem Tunnel. Der Leistungsumfang beinhalte daher grundsätzlich die komplette Planung von betriebsbereiten, maschinellen und elektrotechnischen Anlagen in allen dafür notwendigen Gewerken. Die Kompetenz und die gewerberechtliche Befugnis des Antragstellers, eines Architekten, werden daher vorab bestritten. Der Antragsteller verfüge weder über die

notwendigen elektrotechnischen und maschinellen Detailkenntnisse noch über die gewerberechtliche Befugnis derart komplexe und sicherheitsrelevante elektrotechnische und maschinentechnische Leistungen im Tiefbaubereich zu erfüllen.

Die Inbetriebnahme der 2. Röhre des Pfändertunnels werde die zur Zeit katastrophale Verkehrsbelastung der Umlandgemeinden und insbesondere der Stadt Bregenz wesentlich verringern. Nach Fertigstellung der 2. Röhre des Ambergtunnels im Dezember 2003 verbleibe der Pfändertunnel als letzter Abschnitt der A 14 Rheintalautobahn mit einspurigem Verlauf. Die A 14 Rheintalautobahn sei als TERN- Strecke eine wichtige Nord-Südverbindung von europäischer Bedeutung. Mit einem DTV (durchschnittlichen täglichen Verkehr) von über 23.000 Fahrzeugen pro Tag (errechnet für das Jahr 2005 und einer Prognose von einem DTV von 46.200 im Jahr 2020) stelle der Pfändertunnel den am stärksten frequentierten Gegenverkehrstunnel Österreichs dar. Aufgrund dieser Tatsache ergebe sich die dringende Notwendigkeit, zur Erhöhung der Verkehrssicherheit den einröhrigen Pfändertunnel mit einer 2. Röhre voll auszubauen. Der Planungsbeginn für die 2. Röhre sei im Sommer 2002 erfolgt. Bis dato seien ein Verkehrsmodell, ein baugeologisches Gutachten, ein Vorprojekt sowie eine Umweltuntersuchung erstellt worden. In der Prioritätenreihung des BMVIT, März 2007, sei das Projekt von Bundesminister Faymann in die höchste Prioritätsstufe eingereiht worden. Die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre und des elektrotechnischen und maschinellen Ausbaus beider Röhren ergebe sich aufgrund der extremen Verkehrssituation aus sicherheitstechnischen Überlegungen. Die Unfallstatistik zeige allein in den Jahren 2004 - 2006 im derzeit einröhrigen Tunnel mit Gegenverkehr eine Anzahl von 19 Unfällen, mit 34 Verletzten und einem Toten. Die Belastung der Bewohner der Umlandgemeinden, insbesondere der Landeshauptstadt Bregenz sei bereits jetzt unzumutbar. Dieser Entwicklung müsse durch die Errichtung der 2. Röhre dringend entgegen gewirkt werden, eine weitere Verzögerung der Umsetzung der Planungs- und Baumaßnahmen sei der Öffentlichkeit gegenüber nicht zu verantworten. Die Unterbrechung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung würde eine weitere Verzögerung der Vergabe der Leistung, der Planung, der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen bedeuten und den geplanten Fertigstellungstermin gefährden. Die Verzögerung würde überdies weitere Planungskosten für eine Forcierung der Planung von ca. 10% des Planungsbudgets für das Einreichprojekt etwa Euro 800.000,-- an Mehrkosten verursachen. Darüber hinaus würde eine weitere Verzögerung der Entlastung der Bevölkerung in den Umlandgemeinden und in der Stadt Bregenz schützenswerte Güter wie Leib und Leben gefährden. Die Reduktion des Verkehrs um die Hälfte bzw. das Dreifache, führe zu einer wesentlichen Reduktion der gesundheitsgefährdenden Auswirkungen des Straßenverkehrs in den Wohngebieten. Die Errichtung der 2. Röhre würde überdies eine Verlegung der wesentlichen Verkehrsanteile auf die Autobahn und damit eine Unfallsrisikosenkung im gesamten Straßennetz des Untersuchungsgebietes bewirken. Das bedeute, dass bei einer verzögerten Errichtung der 2. Röhre Pfändertunnel das Unfallsrisiko für die enormen Verkehrsanteile in den genannten Ortskernen in diesem Zeitraum ca. zehnmal so hoch wäre, als wenn sie die 2. Röhre des Pfändertunnels benützen könnten.

Die Interessen des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien hingegen ausschließlich wirtschaftlicher und finanzieller Natur. Die Gefahr für Leib und Leben der Menschen in der betroffenen Umgebung überwiege jedenfalls die rein finanziellen Interessen des Antragstellers.

Weiters wird von der Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass die vom Antragsteller aufgelisteten angeblichen Vergabeverstöße offensichtlich nicht vorlägen. Die Leistungsbeschreibung sei vollständig, die Pauschalpreispositionen Art, Güte und Umfang sowie betreffend die Umstände unter denen sie zu erbringen seien, hinreichend bekannt und keine unkalkulierbaren Risiken auf den Auftragnehmer überbunden. Da die vom Antragsteller aufgelisteten Verstöße gegen das BVergG 2006 nicht vorlägen beantragte die Auftraggeberin den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß § 25 Abs 2 BVergG 2006 an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVergG 2006 an den Bestbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit. ist daher nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. ist daher nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß § 328 Abs 3 u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, 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 2006 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 2006 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.

Dem Vorbringen der Auftraggeberin, dass die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung nicht vorliege, ist entgegen zu halten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren gemäß § 330 Abs 3 BVergG 2006 derzeit jedoch nicht abschließend geklärt werden und werden daher Gegenstand des Hauptverfahrens sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes können auch die

Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abgeschätzt werden. Dem Vorbringen der Auftraggeberin, dass die für die Erlassung der einstweiligen Verfügung erforderliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung nicht vorliege, ist entgegen zu halten, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung zumindest nicht denkunmöglich sind. Sie können angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren gemäß Paragraph 330, Absatz 3, BVergG 2006 derzeit jedoch nicht abschließend geklärt werden und werden daher Gegenstand des Hauptverfahrens sein. Aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes können auch die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstadium noch nicht abgeschätzt werden.

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 vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6, BVA vom 4. April 2007, N/0030- BVA/07/2007-EV19).

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre auf Grund der extremen Verkehrssituation notwendig sei und keine Verzögerungen durch ein Nachprüfungsverfahren dulde, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes durchaus zumutbar, zumal die Notwendigkeit der Errichtung einer zweiten Tunnelröhre schon seit mehreren Jahren bekannt sein dürfte. So läuft, wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme selbst vorbringt, die Planung zur Errichtung der zweiten Tunnelröhre bereits seit September 2002. Im Hinblick darauf, dass die kritischen Grenzwerte und die damit verbundene Umweltbelastung sowie die Unfallgefahr bereits Realität sein dürften, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht. Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre auf Grund der extremen Verkehrssituation notwendig sei und keine Verzögerungen durch ein Nachprüfungsverfahren dulde, so ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes durchaus zumutbar, zumal die Notwendigkeit der Errichtung einer zweiten Tunnelröhre schon seit mehreren Jahren bekannt sein dürfte. So läuft, wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme selbst vorbringt, die Planung zur Errichtung der zweiten Tunnelröhre bereits seit September 2002. Im Hinblick darauf, dass die kritischen Grenzwerte und die damit verbundene Umweltbelastung sowie die Unfallgefahr bereits Realität sein dürften, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht.

Zum vorgebrachten besonderen öffentlichen Interesse, eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens würde Leib und Leben der Bevölkerung der Stadt Bregenz sowie der Umlandgemeinden gefährden, ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (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). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N- 95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.). Zum vorgebrachten besonderen öffentlichen Interesse, eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens würde Leib und Leben der Bevölkerung der Stadt Bregenz sowie der Umlandgemeinden gefährden, ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung an der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (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). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für die Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N- 95/04-10; 12.10.2004, 04N-96/04-16 u.v.a.).

Zur Frage, welche der beantragten Maßnahmen im vorliegenden Fall das noch zum Ziel führende gelindeste Mittel iSv § 329 Abs 2 BVergG 2006 darstellt, ist darauf zu verweisen, dass die Möglichkeit der Legung eines Angebotes nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht. Zur Frage, welche der beantragten Maßnahmen im vorliegenden Fall das noch zum Ziel führende gelindeste Mittel iSv Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 darstellt, ist darauf zu verweisen, dass die Möglichkeit der Legung eines Angebotes nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG 2006 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass laut Ausschreibungsbekanntmachung die Öffnung der Angebote mit 2.10.2007, 10.00 Uhr, festgelegt wurde. Da seitens des Auftraggebers die Fortführung des Vergabeverfahrens geplant ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller auch im Falle seines Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - bei Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Erteilung des Zuschlages - nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch Angebotslegung teilnehmen und für einen Zuschlag in Betracht kommen könnte. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und durch die vorläufige Untersagung der Öffnung der Angebote abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Angebotes kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht. Mit der ausgesprochenen Anordnung der Untersagung der Angebotsöffnung wird auch verhindert, dass im Falle einer bereits stattfindenden Angebotsöffnung die Preise anderer Bieter transparent werden. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war antragsgemäß zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für den Nachprüfungswerber - und allenfalls auch für andere am ausgeschriebenem Leistungsvertrag interessierte Unternehmer - gesichert, dass der Auftraggeber im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrages, insbesondere in der Variante der Streichung bzw. Bereinigung einzelner Ausschreibungsteile gemäß § 325 Abs. 2 BVergG 2006, die Angebotsfrist gemäß § 90 Abs. 1 BVergG 2006 entsprechend verlängern kann, womit eine Angebotslegung auf der Grundlage einer bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist im selben Vergabeverfahren möglich wäre (vgl. BVA 17.10.2006, N/0082- BVA/14/2006-EV9). Die angeordneten Sicherungsmaßnahmen sind auch die jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen iSd § 329 Abs. 2 BVergG 2006. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass laut Ausschreibungsbekanntmachung die Öffnung der Angebote mit 2.10.2007, 10.00 Uhr, festgelegt wurde. Da seitens des Auftraggebers die Fortführung des Vergabeverfahrens geplant ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller auch im Falle seines Obsiegens im Nachprüfungsverfahren - bei Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Erteilung des Zuschlages - nicht mehr an einem rechtskonform geführten Vergabeverfahren durch Angebotslegung teilnehmen und für einen Zuschlag in Betracht kommen könnte. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und durch die vorläufige Untersagung der Öffnung der Angebote abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Legung eines (vergaberechtskonformen) Angebotes kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine Teilnahme des Antragstellers an einem rechtskonform ausgeschriebenem Vergabeverfahren ermöglicht. Mit der ausgesprochenen Anordnung der Untersagung der Angebotsöffnung wird auch verhindert, dass im Falle einer bereits stattfindenden Angebotsöffnung die Preise anderer Bieter transparent werden. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen zur

Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war antragsgemäß zusätzlich der Lauf der Angebotsfrist auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die Angebotsfrist weiterläuft und während des Nachprüfungsverfahrens abläuft. Damit ist für den Nachprüfungswerber - und allenfalls auch für andere am ausgeschriebenen Leistungsvertrag interessierte Unternehmer - gesichert, dass der Auftraggeber im Falle einer Stattgabe des Nachprüfungsantrages, insbesondere in der Variante der Streichung bzw. Bereinigung einzelner Ausschreibungsteile gemäß Paragraph 325, Absatz 2, BVergG 2006, die Angebotsfrist gemäß Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 2006 entsprechend verlängern kann, womit eine Angebotslegung auf der Grundlage einer bereinigten Ausschreibung innerhalb offener Angebotsfrist im selben Vergabeverfahren möglich wäre vergleiche BVA 17.10.2006, N/0082- BVA/14/2006-EV9). Die angeordneten Sicherungsmaßnahmen sind auch die jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. 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 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Dokumentnummer

VERGT_20071002_N_0089_BVA_11_2007_7EV_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