

TE Verg Bescheid 2007/8/21 N/0078-BVA/14/2007-09

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.08.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), BGBl. I. Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Anpassung/Ausbau der Verbandskläranlage Leibnitz - Wagna - Kaindorf, Bauabschnitt 811/09/017-BA 09", des Auftraggebers Abwasserverband Leibnitz - Wagna - Kaindorf, Hauptplatz 26, 8430 Leibnitz, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 14.8.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG), Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG,

betreffend die Auftragsvergabe "Anpassung/Ausbau der Verbandskläranlage Leibnitz - Wagna - Kaindorf, Bauabschnitt 811/09/017-BA 09", des Auftraggebers Abwasserverband Leibnitz - Wagna - Kaindorf, Hauptplatz 26, 8430 Leibnitz, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 14.8.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag,

"das Bundesvergabeamt möge nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, im Vergabeverfahren "Anpassung/Ausbau der Verbandskläranlage Leibnitz - Wagna - Kaindorf, Bauabschnitt 811/09/017-BA 09" den Lauf der Angebotsfrist aussetzen und der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 25.9.2007, untersagt, im Vergabeverfahren "Anpassung/Ausbau der Verbandskläranlage Leibnitz - Wagna - Kaindorf, Bauabschnitt 811/09/017-BA 09", die Angebote zu öffnen. Zusätzlich wird der Lauf der Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 25.9.2007, ausgesetzt.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 14.8.2007 brachte die A*** (im Folgenden Antragsteller) - neben drei Eventualanträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen - einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung einzelner Teile bzw. Punkte des Angebotsschreibens. Weiters begehrte der Antragsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Auftraggeber zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu verhalten.

Der Antragsteller brachte im Wesentlichen vor:

Die gegenständliche Auftragsvergabe sei am 30.6.2007 als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip EU-weit bekannt gemacht worden. Ausgeschrieben seien Bauleistungen (Hochbau- sowie Tiefbauarbeiten) für die Anpassung bzw. den Ausbau der Verbandskläranlage Leibnitz - Wagna - Kaindorf. Die gegenständlich ausgeschrieben Leistungen seien nach Widerruf einer ersten Ausschreibung am 22.3.2007 nunmehr neuerlich ausgeschrieben.

Gemäß Pkt. B 4 des Angebotsschreibens sei es den Bietern gemäß § 106 BVergG 2006 gestattet, anstelle eines Gesamtangebotes für die Gesamtleistung auch Teilangebote für die Teile 1 bis 3 des Tiefbau-LV zu legen. [...] Es sei den Bietern gestattet, für den Fall einer Gesamtvergabe Nachlässe zu definieren (siehe Summenblatt Leistungsverzeichnis). Diese würden voll berücksichtigt werden. Gemäß Pkt. B 4 des Angebotsschreibens sei es den Bietern gemäß Paragraph 106, BVergG 2006 gestattet, anstelle eines Gesamtangebotes für die Gesamtleistung auch Teilangebote für die Teile 1 bis 3 des Tiefbau-LV zu legen. [...] Es sei den Bietern gestattet, für den Fall einer Gesamtvergabe Nachlässe zu definieren (siehe Summenblatt Leistungsverzeichnis). Diese würden voll berücksichtigt werden.

Vergabekriterium bei Legung von Teilangeboten:

Die Vergabe erfolge nach dem Billigstbieterprinzip an den Gesamtbietter bzw. getrennt an die/den Bieter von Teilangeboten mit dem jeweils niedrigsten Preis nach folgender Regel: "Ist die Summe der billigsten Teilangebote (auf zwei Kommastellen gerundet) um mehr als 3,50 % günstiger als das billigste Gesamtangebot, erfolgt die Vergabe an die Bieter für die Teilangebote, ansonsten an den Gesamtbietter mit dem niedrigsten Preis.

Wir möchten ausdrücklich darauf aufmerksam machen, dass mit der Legung eines Gesamtangebotes automatisch auch Teilangebote gelegt werden. Die schriftliche Einschränkung auf ein Gesamtangebot ist aus formalen Gründen nicht möglich."

Gemäß Punkt B 25 des Angebotsschreibens sei hinsichtlich der Baustellengemeinkosten festgelegt, dass "der Anteil der Kosten der Leistungsgruppe LB-SW LG 01 "Baustellengemeinkosten" am Gesamtpreis (netto, exkl. MWST) nicht mehr als 10 Prozent betragen darf, sonst wird das Angebot ausgeschieden". In die LG LB-SW LG 01 "Baustellengemeinkosten" seien jedoch nach dem LV über die eigentlichen Baustellengemeinkosten hinaus zusätzliche Kosten (Bauprovisorien) einzurechnen, weshalb die Kosten dieser LG - ordnungsgemäß kalkuliert - nicht weniger als 10

% des Gesamtpreises betragen könnten. Auf Grund dieser Vorgabe seien die Bieter daher gehalten, in der genannten LG einen spekulativen Unterpreis anzubieten, der das Ausscheiden des Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG nach sich ziehen könnte. Gemäß Punkt B 25 des Angebotsschreibens sei hinsichtlich der Baustellengemeinkosten festgelegt, dass "der Anteil der Kosten der Leistungsgruppe LB-SW LG 01 "Baustellengemeinkosten" am Gesamtpreis (netto, exkl. MWST) nicht mehr als 10 Prozent betragen darf, sonst wird das Angebot ausgeschieden". In die LG LB-SW LG 01 "Baustellengemeinkosten" seien jedoch nach dem LV über die eigentlichen Baustellengemeinkosten hinaus zusätzliche Kosten (Bauprovisorien) einzurechnen, weshalb die Kosten dieser LG - ordnungsgemäß kalkuliert - nicht weniger als 10 % des Gesamtpreises betragen könnten. Auf Grund dieser Vorgabe seien die Bieter daher gehalten, in der genannten LG einen spekulativen Unterpreis anzubieten, der das Ausscheiden des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG nach sich ziehen könnte.

In Punkt C 1 des Angebotsschreibens sei festgelegt, dass abweichend von den "Ständigen Vertragsbestimmungen der LB-SW" generell die Ausgabe der ÖNORM B 2110 - "Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm" vom 1.3.2002 als Vertragsbestandteil gelte. Auf den Seiten 11 ff des Angebotsschreibens würden jedoch zahlreiche Abweichungen und Ergänzungen von der ÖNORM B 2110 festgelegt. Durch diese Abweichungen würden zahlreiche Risiken einseitig auf den Auftragnehmer übertragen, wodurch die Kalkulierbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. Mit Schreiben vom 8.8.2007 habe die Antragstellerin den Auftraggeber um Bekanntgabe der Gründe für die abweichenden Festlegungen von den Leitlinien, wie ÖNORMEN und standardisierten Leistungsbeschreibungen, ersucht, auf die fehlende Kalkulierbarkeit wesentlicher Teile der Ausschreibungsvorgaben hingewiesen und verschiedene Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen gestellt, mit dem Ersuchen, diese bis 13.08.2007 zu beantworten. Der Auftraggeber habe die Fragen nicht beantwortet und entgegen § 99 BVergG die Gründe für die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 nicht bekannt gegeben. Der Auftraggeber habe mitgeteilt, dass er für solch umfangreiche Fragen mehr Zeit zur Beantwortung erwarten dürfe. Der Auftraggeber verkenne, dass er die Gründe für die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 ohnehin parat haben müsse, da er anderenfalls seiner Verpflichtung zur unverzüglichen Bekanntgabe gemäß § 99 BVergG nicht nachkommen könne. In Punkt C 1 des Angebotsschreibens sei festgelegt, dass abweichend von den "Ständigen Vertragsbestimmungen der LB-SW" generell die Ausgabe der ÖNORM B 2110 - "Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen - Werkvertragsnorm" vom 1.3.2002 als Vertragsbestandteil gelte. Auf den Seiten 11 ff des Angebotsschreibens würden jedoch zahlreiche Abweichungen und Ergänzungen von der ÖNORM B 2110 festgelegt. Durch diese Abweichungen würden zahlreiche Risiken einseitig auf den Auftragnehmer übertragen, wodurch die Kalkulierbarkeit der Angebote nicht gegeben sei. Mit Schreiben vom 8.8.2007 habe die Antragstellerin den Auftraggeber um Bekanntgabe der Gründe für die abweichenden Festlegungen von den Leitlinien, wie ÖNORMEN und standardisierten Leistungsbeschreibungen, ersucht, auf die fehlende Kalkulierbarkeit wesentlicher Teile der Ausschreibungsvorgaben hingewiesen und verschiedene Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen gestellt, mit dem Ersuchen, diese bis 13.08.2007 zu beantworten. Der Auftraggeber habe die Fragen nicht beantwortet und entgegen Paragraph 99, BVergG die Gründe für die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 nicht bekannt gegeben. Der Auftraggeber habe mitgeteilt, dass er für solch umfangreiche Fragen mehr Zeit zur Beantwortung erwarten dürfe. Der Auftraggeber verkenne, dass er die Gründe für die Abweichungen von der ÖNORM B 2110 ohnehin parat haben müsse, da er anderenfalls seiner Verpflichtung zur unverzüglichen Bekanntgabe gemäß Paragraph 99, BVergG nicht nachkommen könne.

Auf Seite 13 des Angebotsschreibens finde sich etwa die gravierende Abweichung zu Abschnitt 5.24 "Leistungsänderung" der ÖNORM B 2110, "dass der Auftraggeber grundsätzlich dazu berechtigt ist, einzelne Positionen bzw. Leistungsgruppen ohne Angaben von Gründen nicht zu vergeben bzw. nicht zur Ausführung kommen zu lassen".

Entgegen Abschnitt 5.24.6 und 5.24.10 der ÖNORM B 2110 werde festgelegt, dass "Massenmehrungen oder Minderungen bei den zu erbringenden Leistungen, die nach Einheitspreisen abgerechnet werden oder bei den zu erbringenden Leistungsgruppen, den Auftragnehmer nicht berechtigen, neue Einheitspreise zu verhandeln. Entstehe dem Auftragnehmer ein Nachteil durch Minderung oder Entfall eines Teils einer Leistung, erfolge durch den Auftraggeber keine Abgeltung." Die 20-Prozent-Klausel von Pkt. 5.24.10 der ÖNORM B 2110 werde damit zum Nachteil des Auftragnehmers zur Gänze ausgeschlossen.

Entgegen Abschnitt 5.24.8 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 15 des Angebotschreibens für die Durchführung der Arbeiten bei Frost und Schneefall keine gesonderte Vergütung festgelegt. "Alle Zusatzkosten für Schneeräumung, Frostschutzmittel, Vorwärmen und Warmhalten der Materialien etc. sind in den Einheitspreisen enthalten." Der

Auftragnehmer könne somit keine Mehrkosten für Leistungen in der Winterperiode verrechnen, selbst wenn diese Arbeiten aufgrund einer vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderung anfallen sollten.

Entgegen Abschnitt 5.24.3 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 15 des Angebotsschreibens festgelegt, dass der Auftraggeber von Teilen des Auftrages zurücktreten könne, wenn mit dem Auftragnehmer eine Einigung über eine Leistungsänderung nicht oder nicht rechtzeitig erzielt werden könne. Diesfalls könne der Auftraggeber die Arbeiten anderweitig vergeben, "ohne dass der Auftragnehmer hieraus irgendwelche Ansprüche geltend machen kann."

Zu Abschnitt 5.28.1 und 5.28.2 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 16 des Angebotsschreibens dem Auftragnehmer eine Art "Vollständigkeitsgarantie" überbunden, da dieser alle erforderlichen Lieferungen und Leistungen zu erbringen habe, "auch wenn notwendige Einzelheiten in der Leistungsbeschreibung nicht erwähnt, aber aufgrund der Umstände technisch notwendig und vorhersehbar oder üblich sind," ohne dass für diese Leistungen eine besondere Abgeltung erfolgen würde.

Zu Abschnitt 5.32 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 19 des Angebotsschreibens festgelegt, dass "der Auftragnehmer Verschiebungen von Zwischen- und Endterminen (letztere bis maximal 3 Monate) - auch wenn er sie nicht zu vertreten hat - ohne Berechtigung von Mehrkostenforderungen anzuerkennen hat, wenn die Verschiebung vom Auftraggeber rechtzeitig angekündigt wurde und wenn sie nicht eine Vorverlegung der Termine und/oder Verkürzung des gesamten Leistungszeitraumes beinhalten". Der Auftraggeber könne demnach die Zwischen- und Endtermine beliebig verschieben.

Abweichend von Pkt. 5.36 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 19 des Angebotsschreibens die Anwendung des richterlichen Mäßigungsrechtes bei Vertragsstrafen zur Gänze ausgeschlossen.

Abweichend zu Abschnitt 5.42 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 21 des Angebotsschreibens festgelegt, dass der Auftragnehmer "den Auftraggeber bzw. Vertreter des Auftraggebers, dessen Organe und Dienstnehmer von allen wie immer gearteten Ansprüchen aus Schäden, die bei Ausführung des Bauvorhabens oder im Zusammenhang damit Dritten verursacht werden, klaglos halten werde und zwar auch dann, wenn solche Schäden auf ein aus leichter Fahrlässigkeit entstehendes Mitverschulden des Auftraggebers oder Vertreters des Auftraggebers, deren Organe oder Dienstnehmer zurückzuführen sind." Weiters werde der Auftraggeber berechtigt, zur Zahlung fällige oder später fällig werdende Beträge, sofern er in einer mit dem Bauvorhaben in Zusammenhang stehenden Sache geklagt wird oder gegen ihn Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vorgenommen werden, in angemessener Höhe so lange zurückzuhalten, bis die Interessen des Auftraggebers hinreichend gesichert und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufgehoben worden seien. Auch dies bewirke, mangels Beherrschbarkeit durch den Auftragnehmer, die Unkalkulierbarkeit des Angebotes.

Abweichend zu Abschnitt 5.43 der ÖNORM B 2110 werde zur besonderen Haftung mehrerer Auftragnehmer festgelegt, dass "bis zur Abrechnung des allgemeinen Bauschadens [.....] von sämtlichen Zahlungen an den Auftragnehmer ein vorläufiger Einbehalt von 1 % des fälligen Zahlungsbetrages vorgenommen wird. Der Einbehalt kann unabhängig von der Zeit der Tätigkeit am Erfüllungsort sowie für die Bedeckung von Reinigungskosten der Baustelle, sofern der Urheber der Verunreinigung nicht feststellbar ist, herangezogen werden." Diese Regelung sei, wie der OGH bereits entschieden habe, in dieser Form sittenwidrig.

Abweichend zu Abschnitt Pkt. 5.45 der ÖNORM B 2110 werde auf Seite 23 des Angebotsschreibens die Vermutung festgelegt, dass Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren, wenn sie innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist gerügt werden.

Unter Punkt C 15.9, Seite 28 des Angebotsschreibens sei hinsichtlich des Zusammenwirkens auf der Baustelle durch mehrere Auftragnehmer festgelegt, dass "keiner der Auftragnehmer berechtigt ist, aus der unvermeidlichen Behinderung durch andere Auftragnehmer oder aus Behinderung durch den Anlagenbetriebsverkehr, Nachforderungen, welcher Art auch immer, zu stellen." Der Auftragnehmer habe somit das Risiko einer von ihm nicht beeinflussbaren Behinderung durch einen weiteren Auftragnehmer zu tragen.

In Punkt D 3.3, Seite 34 des Angebotsschreibens, weise der Auftraggeber selbst darauf hin, dass die genaue Lage der bestehenden Leitungen oft nicht bekannt sei und durch Suchschürfe festgestellt werden müsse. Trotzdem seien "die durch die bestehenden Einbauten bedingten Erschwernisse und Mehrkosten [...] in die entsprechenden Positionen des

Leistungsverzeichnisses einzurechnen." Da Erschwernisse durch nicht bekannte Einbauten für den Bieter nicht kalkulierbar seien, führe dies zu einer offenkundigen Unkalkulierbarkeit des Angebotes.

In Punkt D 4, Seite 35 des Angebotsschreibens werde das Baugrundrisiko zur Gänze dem Auftragnehmer überbunden. Auch diesbezüglich seien die Vorgaben des Auftraggebers nicht kalkulierbar, da Bieter die örtlichen Gegebenheiten nicht genau kennen würden.

In Punkt D 9, Seite 37 des Angebotsschreibens, werde festgelegt, dass "der Auftragnehmer [...] bei der Ausarbeitung des endgültigen Terminplanes [...] insbesondere auch die Belange der anderen Auftragnehmer zu berücksichtigen habe". Aufgrund dieses zusätzlichen Koordinationsaufwandes sei der Auftragnehmer nicht zu Nachtragsforderungen berechtigt und habe den etwaigen Mehraufwand auf Grund seiner Erfahrung vorab zu schätzen und im Angebotspreis zu berücksichtigen. Da ein Bieter weder die anderen Auftragnehmer noch deren Anzahl kenne, sei auch der mit der Ausarbeitung des endgültigen Terminplanes verbundene zusätzliche Aufwand seriöser Weise nicht kalkulierbar.

Unter Punkt D 10.1.2 werde auf Seite 38 des Angebotsschreibens festgelegt, dass "Baumaße, die in den Angebotsunterlagen vom Auftraggeber vorgegeben werden, [...] Änderungen erfahren können. Durch Änderungen der Baumaße (zB Öffnungslichtweiten) bis zu +/- 15 % kann der Auftragnehmer keine Mehrkosten in Rechnung stellen". Eine Verschiebung der Baumaße mit +/- 15 % würde demnach keinerlei zusätzlichen Forderungen des Auftragnehmers begründen, was ebenfalls zu einer Unkalkulierbarkeit des Angebotes führe. Der Auftraggeber könne um 15 % größere Bauwerke (als ausgeschrieben) verlangen, ohne dass dem Auftragnehmer hieraus irgendwelche Forderungen entstünden.

Gemäß Punkt D 10.4.2 übernehme der Auftragnehmer die Garantie, dass er für einen Zeitraum von 10 Jahren ab Übernahme alle Ersatzteile in gleicher Weise oder besserer Funktionalität für die von ihm gelieferten Anlagen innerhalb von 14 Tagen liefern könne. Weiters habe der Auftragnehmer dem Auftraggeber bekannt zu geben, wo die Ersatzteile bzw. das Ersatzmaterial zu beziehen seien. Stelle sich während der 10-jährigen Frist heraus, dass er Ersatzteile nicht zeitgerecht oder überhaupt nicht liefern könne, gingen alle dem Auftraggeber entstehenden Kosten für Sonderanfertigungen der anderen Unternehmen etc. voll zu Lasten des Auftragnehmers. Diese Garantie sei insbesondere aufgrund der außergewöhnlich langen 10-Jahresfrist völlig unkalkulierbar.

In Punkt 5.1, Seite 20 der Technischen Vertragsbestimmungen, sei festgelegt, dass der Auftragnehmer hinsichtlich der Baugrubensicherung das Ausführungsrisiko übernehme. Auch dies sei eine unzulässige und unkalkulierbare Übernahme des Baugrundrisikos.

Gemäß Punkt 5.2, Seite 21 der Technischen Vertragsbestimmungen, könne das angebotene Konzept der Baugrubensicherung und Wasserhaltung auf Aufforderung durch den Auftraggeber angepasst (noch verhandelt) werden. Dies sei ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot.

Im Leistungsverzeichnis seien Bieterlücken unzulässigerweise produktbezogen ausgeschrieben und würden auch nicht den erforderlichen Zusatz "oder gleichwertig" enthalten.

Die Ausschreibung ermögliche weder eine rechtskonforme Angebotskalkulation noch eine vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung noch die ausschließliche Legung eines Gesamtangebotes. Die Ausschreibungsunterlagen würden vor allem zahlreiche Festlegungen enthalten, die den Bietern nicht kalkulierbare Risiken überwälzen würden. Bieter hätten der Angebotskalkulation unkalkulierbare Annahmen zugrunde zu legen, was auch dazu führe, dass die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben wäre.

Eine Fortführung des Vergabeverfahrens auf der Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibungsbedingungen würde zu einem beträchtlichen Schaden des Antragstellers führen. Es bestünde die Gefahr des Verlustes einer Chance auf Angebotsabgabe und -bewertung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sowie der Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen.

Durch die zur Zeit nicht gegebene Möglichkeit zur Legung eines Angebotes in einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren entstehe ein Schaden durch die von vornherein vereitelte Chance auf Zuschlagserteilung an entgangenem Gewinn von zumindest Euro 1,4 Mio. Dazu kämen die frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen, für die Vorbereitung der Angebotslegung sowie der Rechtsberatung in Höhe von zumindest Euro 60.000. Weiters entgehe dem Antragsteller ein Referenzprojekt.

-Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf Grund einer unzulässigen Pflicht zum Anbieten von Teilleistungen:

Gemäß § 22 Abs. 2 letzter Satz BVergG sei einem Bieter die Möglichkeit zur Legung eines Teilangebotes einzuräumen, nicht jedoch eine Verpflichtung hiezu. Abweichend finde sich in Pkt. B.4 des Angebotsschreibens die Festlegung, dass "mit der Legung eines Gesamtangebotes automatisch auch Teilangebote gelegt werden und die schriftliche Einschränkung des Angebots auf ein Gesamtangebot aus formalen Gründen nicht möglich ist". Der Bieter werde somit gezwungen, mit einem Gesamtangebot gleichzeitig auch Teilangebote zu legen. Dies verstoße gegen § 22 BVergG und führe dazu, dass der letztlich zugeschlagene Leistungsumfang für den Bieter von vornherein nicht kalkulierbar sei. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2, letzter Satz BVergG sei einem Bieter die Möglichkeit zur Legung eines Teilangebotes einzuräumen, nicht jedoch eine Verpflichtung hiezu. Abweichend finde sich in Pkt. B.4 des Angebotsschreibens die Festlegung, dass "mit der Legung eines Gesamtangebotes automatisch auch Teilangebote gelegt werden und die schriftliche Einschränkung des Angebots auf ein Gesamtangebot aus formalen Gründen nicht möglich ist". Der Bieter werde somit gezwungen, mit einem Gesamtangebot gleichzeitig auch Teilangebote zu legen. Dies verstoße gegen Paragraph 22, BVergG und führe dazu, dass der letztlich zugeschlagene Leistungsumfang für den Bieter von vornherein nicht kalkulierbar sei.

-Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf Grund eines Verstoßes gegen das Billigstbieterprinzip:

In den Ausschreibungsunterlagen sei das Billigstbieterprinzip festgelegt. Dem würden jedoch die ebenfalls in Pkt. B.4 des Angebotsschreibens festgelegten Vergabekriterien widersprechen. Bei Legung von Teilangeboten müsse die Summe der billigsten Teilangebote um mehr als 3,5 % günstiger als das billigste Gesamtangebot sein, damit die Vergabe zugunsten des jeweils billigsten Teilangebotes erfolge. Der Zuschlag solle entgegen der Festlegungen der Bekanntmachung der Ausschreibung demnach nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis erteilt werden, sondern sollen Gesamtangebote und Teilangebote im Verhältnis zueinander unterschiedlich qualitativ bewertet bzw. gewichtet werden. Bereits auf Grund der Betterbewertung von Gesamtangeboten erfolge daher keine Ermittlung des Zuschlagsempfängers nach dem Billigstbieterprinzip des § 80 Abs. 3 BVergG. In den Ausschreibungsunterlagen sei das Billigstbieterprinzip festgelegt. Dem würden jedoch die ebenfalls in Pkt. B.4 des Angebotsschreibens festgelegten Vergabekriterien widersprechen. Bei Legung von Teilangeboten müsse die Summe der billigsten Teilangebote um mehr als 3,5 % günstiger als das billigste Gesamtangebot sein, damit die Vergabe zugunsten des jeweils billigsten Teilangebotes erfolge. Der Zuschlag solle entgegen der Festlegungen der Bekanntmachung der Ausschreibung demnach nicht ausschließlich nach dem niedrigsten Preis erteilt werden, sondern sollen Gesamtangebote und Teilangebote im Verhältnis zueinander unterschiedlich qualitativ bewertet bzw. gewichtet werden. Bereits auf Grund der Betterbewertung von Gesamtangeboten erfolge daher keine Ermittlung des Zuschlagsempfängers nach dem Billigstbieterprinzip des Paragraph 80, Absatz 3, BVergG.

-Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf Grund unzureichender Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise:

Hinsichtlich des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit würden entsprechende Mindestanforderungen fehlen, die nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aber vorzusehen seien. Weiters würde entgegen den Bestimmungen des BVergG zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen ein Referenzprojekt innerhalb der letzten 10 Jahre verlangt werden.

Im Zusammenhang mit den Vorgaben für Subunternehmer finde sich etwa die Festlegung, "dass der Auftragnehmer auch bei Verletzung aller übrigen Verpflichtungen mit entsprechenden Sanktionen zB Sperre von Vergaben durch den Auftraggeber zu rechnen habe." Diese Festlegung sei mit der taxativen Aufzählung von Ausschlussgründen in § 68 BVergG nicht vereinbar. Im Zusammenhang mit den Vorgaben für Subunternehmer finde sich etwa die Festlegung, "dass der Auftragnehmer auch bei Verletzung aller übrigen Verpflichtungen mit entsprechenden Sanktionen zB Sperre von Vergaben durch den Auftraggeber zu rechnen habe." Diese Festlegung sei mit der taxativen Aufzählung von Ausschlussgründen in Paragraph 68, BVergG nicht vereinbar.

-Rechtswidrigkeit der Ausschreibung der Überbindung nicht kalkulierbarer Risiken:

Der Auftraggeber verstoße auf Grund der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen mehrfach gegen die Vorgabe in § 79 Abs. 3 BVergG, wonach Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken [...] ermittelt werden können. Jeder Bieter müsste daher seine eigenen subjektiven Risikoeinschätzungen als Grundlage für die Kalkulationserstellung heranziehen, weshalb die Angebote entgegen § 79 Abs. 3 BVergG auch nicht vergleichbar seien. Bieter würden die Preise nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken ermitteln können, da etwa der Auftraggeber auf Grund der

festgelegten Abweichung zu Pkt. 5.24 der ÖNORM B 2110 nach Belieben einzelne Positionen bzw. Leistungsgruppen ohne Angabe von Gründen nicht vergeben bzw. nicht zur Ausführung kommen lassen könne. Insbesondere führe auch der Entfall des Preisanpassungsrechtes bei Mengenänderungen auf Grund der Abweichung zu Pkt. 5.24.6 der ÖNORM B 2110 sowie der gänzliche Ausschluss der 20- % Klausel zu einer Unkalkulierbarkeit der Angebote. Weiters würden insbesondere die Abweichungen zu Pkt. 5.28.1 und 5.28.2 der ÖNORM B 2110 dazu führen, dass der Auftraggeber das Risiko einer mangelhaften Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer überbinde. Die Angebotserstellung sei vor allem auch deshalb unkalkulierbar, da der Auftraggeber auf Grund der festgelegten Abweichung zu Pkt. 5.32.2 der ÖNORM B 2110 eine Bauzeitverschiebung von Zwischenterminen de facto nach Belieben vornehmen könne und auf Grund der Abweichung zu Punkt 5.34.5 der ÖNORM B 2110, der Auftragnehmer bei Behinderungen keinerlei Ansprüche geltend machen könne. Der Auftraggeber verstoße auf Grund der Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen mehrfach gegen die Vorgabe in Paragraph 79, Absatz 3, BVergG, wonach Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken [...] ermittelt werden können. Jeder Bieter müsste daher seine eigenen subjektiven Risikoeinschätzungen als Grundlage für die Kalkulationserstellung heranziehen, weshalb die Angebote entgegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG auch nicht vergleichbar seien. Bieter würden die Preise nicht ohne Übernahme unkalkulierbarer Risiken ermitteln können, da etwa der Auftraggeber auf Grund der festgelegten Abweichung zu Pkt. 5.24 der ÖNORM B 2110 nach Belieben einzelne Positionen bzw. Leistungsgruppen ohne Angabe von Gründen nicht vergeben bzw. nicht zur Ausführung kommen lassen könne. Insbesondere führe auch der Entfall des Preisanpassungsrechtes bei Mengenänderungen auf Grund der Abweichung zu Pkt. 5.24.6 der ÖNORM B 2110 sowie der gänzliche Ausschluss der 20- % Klausel zu einer Unkalkulierbarkeit der Angebote. Weiters würden insbesondere die Abweichungen zu Pkt. 5.28.1 und 5.28.2 der ÖNORM B 2110 dazu führen, dass der Auftraggeber das Risiko einer mangelhaften Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer überbinde. Die Angebotserstellung sei vor allem auch deshalb unkalkulierbar, da der Auftraggeber auf Grund der festgelegten Abweichung zu Pkt. 5.32.2 der ÖNORM B 2110 eine Bauzeitverschiebung von Zwischenterminen de facto nach Belieben vornehmen könne und auf Grund der Abweichung zu Punkt 5.34.5 der ÖNORM B 2110, der Auftragnehmer bei Behinderungen keinerlei Ansprüche geltend machen könne.

Auch auf Grund der Abweichung von Punkt 5.42 der ÖNORM B 2110 sei das Angebot unkalkulierbar, da der Auftragnehmer auch unverschuldete Schäden zu vertreten habe und der Auftraggeber in unangemessener Höhe zur Zahlung fällige Beträge zurückbehalten könne.

Auch die Bestimmung, wonach Behinderungen durch andere Auftragnehmer auf Kosten des Auftragnehmers gehen sollen, obgleich ein Auftragnehmer mangels vertraglicher Beziehung keinerlei Einfluss auf das Verhalten anderer Auftragnehmer habe, begründe eine Unkalkulierbarkeit des Angebotes.

Auch die in Punkt D 3.3 des Angebotsschreibens vorgenommene Überwälzung des Risikos für Einbauten führe zu einer Unkalkulierbarkeit des Angebotes, da Bieter allfällige Erschwernisse auf Grund von nicht bekannten Einbauten nicht kennen könnten.

Auch Punkt D 4 des Angebotsschreibens, in welchem sowohl das Baugrund- als auch das Behördenrisiko einseitig den Bietern überbunden werde, bewirke eine Unkalkulierbarkeit des Angebotes.

Ebenso führe der in Punkt D 9 des Angebotsschreibens vorgesehene Spielraum des Auftraggebers für eine Verschiebung der Baumassen zu einer Unkalkulierbarkeit des Angebotes, da der Auftragnehmer trotz einer Verschiebung der Baumassen von +/- 15 % keinerlei Forderungen stellen dürfe.

Insgesamt würden sich in den Ausschreibungsunterlagen zahlreiche Bestimmungen befinden, die gegen § 96 Abs. 6 und gegen § 79 Abs. 3 BVergG verstoßen würden, womit die gesamte Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären sei. Insgesamt würden sich in den Ausschreibungsunterlagen zahlreiche Bestimmungen befinden, die gegen Paragraph 96, Absatz 6 und gegen Paragraph 79, Absatz 3, BVergG verstoßen würden, womit die gesamte Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belastet und für nichtig zu erklären sei.

-Rechtswidrigkeit der Ausschreibung auf Grund der zu weit reichenden Abweichungen von der ÖNORM B 2110:

Der Auftraggeber weiche entgegen § 99 Abs. 2 BVergG nicht nur in einzelnen Punkten, sondern weitgehend von den - vorab dargestellten - Vorgaben der ÖNORM B 2110 einseitig zu Lasten der Bieter bzw. des Auftragnehmers ab. Der

Auftraggeber weiche entgegen Paragraph 99, Absatz 2, BVergG nicht nur in einzelnen Punkten, sondern weitgehend von den - vorab dargestellten - Vorgaben der ÖNORM B 2110 einseitig zu Lasten der Bieter bzw. des Auftragnehmers ab.

Mit Schriftsatz vom 20.8.2007 nahm der Auftraggeber zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Nach der Abwasseremissionsverordnung wären die Kläranlagen grundsätzlich bis zum 31.12.2002 an neue erheblich verschärfte Stickstoff- und Phosphorgrenzwerte anzupassen gewesen. Die Behörden hätten diese Frist in Einzelfällen auf Antrag bis zu fünf Jahre (also bis zum 31.12.2007) verlängert. Der Rechnungshof habe die Abwässerverbände aufgefordert, die Fünf - Jahresfrist maximal auszunutzen. Der Auftraggeber habe von dieser Möglichkeit der Fristverlängerung Gebrauch gemacht und unter Ausnutzung "aller Toleranzen" einen späten Realisierungstermin vorgeschrieben erhalten. Der wasserrechtliche Bewilligungsbescheid für das Bauvorhaben lege den Termin für die Baufertigstellung mit 31.12.2009 fest.

Der Auftraggeber habe fristgerecht mit dem Vorhaben begonnen. Eine erste Ausschreibung der gegenständlichen Leistungen habe er am 6.4.2007 widerrufen müssen, da er mit Preisen konfrontiert gewesen sei, die um mehr als 33 % über der bekannt gemachten Kostenschätzung gelegen seien. Der ersten (widerrufenen) Ausschreibung sei ein beabsichtigter Baubeginn mit 2.4.2007 und ein beabsichtigter Baufertigstellungstermin mit 17.8.2009 zugrunde gelegen. Der nunmehrige Bauzeitplan der gegenständlichen Ausschreibung sehe den Baubeginn mit 5.11.2007 und den Start des Probebetriebes der Gesamtanlage mit 1.3.2010 vor. Bereits der vorgesehene Start des Probebetriebes liege außerhalb des konsensgemäßen Baufertigstellungstermines. Schon nach diesem Bauzeitplan würde er die Möglichkeiten ausschöpfen, auf die verspätete Fertigstellung angemessen zu reagieren.

Die verfahrensgegenständliche Kläranlage sei veraltet, sodass der Auftraggeber nicht imstande sei, die gesetzlich vorgegebenen Grenzwerte bei den von ihm gereinigten Abwässern zu erzielen. Spätestens ab 1.3.2010 müsse die Kläranlage mit den neuen Anlagen und der neuen Reinigungsleistung in Betrieb gehen. Im Falle der nicht fristgerechten Fertigstellung erlösche das Wasserbenutzungsrecht für die bestehende Kläranlage, sodass diese nach dem 31.12.2009 konsenslos betrieben würde. Diesfalls würden die Einstellung der bestehenden Kläranlage, Verwaltungsstrafen, behördliche Ersatzvornahmen und Beugemaßnahmen sowie Schadenersatzansprüche auf Grund des konsenswidrigen Betriebes drohen. Vor allem aber drohe ab dem Jahr 2010 eine nicht mehr zu rechtfertigende Verschmutzung der Gewässer in der Südoststeiermark. Die weitere Verzögerung des Bauvorhabens durch den Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung hätte eine weitere erhebliche Belastung der Gewässer der Südoststeiermark im Jahr 2010, also acht Jahre nach Inkrafttreten der Vorgaben der Abwasseremissionsverordnung, zur Folge.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages
I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Unvorgreiflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird zunächst im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass es sich beim Abwasserverband Leibnitz - Wagna - Kaindorf um einen Wasserverband iSd § 87 Abs. 1 des Wasserrechtsgesetzes 1959 (WRG) und somit um einen Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG handelt (siehe auch BVA, 24.10.2002, N-54/02-14 in Sachs/Hahnl BVergG Slg [2004] 3.6). Es liegt ein Bauauftrag gemäß § 4 BVergG vor, der im Oberschwellenbereich angesiedelt ist. Unvorgreiflich einer abweichenden Beurteilung im Hauptverfahren wird zunächst im Provisorialverfahren davon ausgegangen, dass es sich beim Abwasserverband Leibnitz - Wagna - Kaindorf um einen Wasserverband iSd Paragraph 87, Absatz eins, des Wasserrechtsgesetzes 1959 (WRG) und somit um einen Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG handelt (siehe auch BVA, 24.10.2002, N-54/02-14 in Sachs/Hahnl BVergG Slg [2004] 3.6). Es liegt ein Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG vor, der im Oberschwellenbereich angesiedelt ist.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen, wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4

BVergG rechtzeitig. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen, wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg.cit. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg.cit. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der 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 der 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 BVergG 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, BVergG 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass laut Ausschreibungsbekanntmachung der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 22.8.2007, 9.30 Uhr, und die Öffnung der Angebote mit 22.8.2007, 10.00 Uhr, festgelegt wurde. Die Öffnung der Angebote am 22.8.2007 soll somit unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgen. 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 ein 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 Nachprüfungserber - 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, die Angebotsfrist gemäß § 90 Abs. 1 BVergG 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. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass laut Ausschreibungsbekanntmachung der Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 22.8.2007, 9.30 Uhr, und die Öffnung der Angebote mit 22.8.2007, 10.00 Uhr, festgelegt wurde. Die Öffnung der Angebote am 22.8.2007 soll somit unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist erfolgen. 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 ein 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 Nachprüfungserber - 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 Paragraph 325, Absatz 2, BVergG, die Angebotsfrist gemäß Paragraph 90, Absatz eins, BVergG 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.

Der Auftraggeber bringt vor, dass er die Möglichkeit zur Verlängerung der Frist zur Anpassung der Kläranlage an die durch die Abwasseremissionsverordnung geänderten Grenzwerte vollständig ausgeschöpft und die Wasserrechtsbehörde den Termin für die Baufertigstellung auf 31.12.2009 erstreckt habe. Der Auftraggeber bringt weiters vor, dass schon der ihm von der Wasserrechtsbehörde mit 1.3.2010 vorgegebene Termin für den Start des Probetriebes außerhalb des konsensgemäßen Baufertigstellungstermines (31.12.2009) liege. Das gegenständliche Bauvorhaben wurde bereits einmal ausgeschrieben, jedoch im April 2007 widerrufen und der Widerruf am 29.6.2007 bekanntgemacht. Die Ausführungen des Auftraggebers weisen somit in die Richtung, dass die Einhaltung des

beabsichtigten Zeitplanes schon im Hinblick auf das bereits einmal widerrufenes Vergabeverfahren nicht mehr möglich wäre. Die Tatsache, dass bereits eine erfolglose Ausschreibung stattgefunden hat und die damit einhergehende Verknappung der Termine, vermögen jedoch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern. Dadurch eingetretene Zeitverluste können jedenfalls nicht durch Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung "eingebracht" werden (vgl. BVA 5.12.2006, N/0097-BVA/14/2006-8). Bemerkt wird, dass schon der anlässlich der Erstausschreibung mit 17.8.2009 festgelegte Baufertigstellungstermin eher knapp bemessen war, sodass fraglich erscheint, ob selbst im Fall des Nichtwiderrufs der Ausschreibung eine fristgerechte Fertigstellung ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Der Auftraggeber bringt vor, dass er die Möglichkeit zur Verlängerung der Frist zur Anpassung der Kläranlage an die durch die Abwasseremissionsverordnung geänderten Grenzwerte vollständig ausgeschöpft und die Wasserrechtsbehörde den Termin für die Baufertigstellung auf 31.12.2009 erstreckt habe. Der Auftraggeber bringt weiters vor, dass schon der ihm von der Wasserrechtsbehörde mit 1.3.2010 vorgegebene Termin für den Start des Probetriebes außerhalb des konsensgemäßen Baufertigstellungstermines (31.12.2009) liege. Das gegenständliche Bauvorhaben wurde bereits einmal ausgeschrieben, jedoch im April 2007 widerrufen und der Widerruf am 29.6.2007 bekanntgemacht. Die Ausführungen des Auftraggebers weisen somit in die Richtung, dass die Einhaltung des beabsichtigten Zeitplanes schon im Hinblick auf das bereits einmal widerrufenes Vergabeverfahren nicht mehr möglich wäre. Die Tatsache, dass bereits eine erfolglose Ausschreibung stattgefunden hat und die damit einhergehende Verknappung der Termine, vermögen jedoch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern. Dadurch eingetretene Zeitverluste können jedenfalls nicht durch Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung "eingebracht" werden vergleiche BVA 5.12.2006, N/0097-BVA/14/2006-8). Bemerkt wird, dass schon der anlässlich der Erstausschreibung mit 17.8.2009 festgelegte Baufertigstellungstermin eher knapp bemessen war, sodass fraglich erscheint, ob selbst im Fall des Nichtwiderrufs der Ausschreibung eine fristgerechte Fertigstellung ohne Weiteres möglich gewesen wäre.

Im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes für ein Vergabeverfahren nach ständiger Rechtsprechung auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen, Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/02, BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8, BVA 5.12.2006, N/0097-BVA/14/2006-8 uva.). Im gegebenen Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes für ein Vergabeverfahren nach ständiger Rechtsprechung auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen, Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/02, BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8, BVA 5.12.2006, N/0097-BVA/14/2006-8 uva.).

Im Übrigen war dem Auftraggeber das Erfordernis der Anpassung seiner Kläranlage an geänderte Stickstoff- und Phosphorgrenzwerte seit geraumer Zeit bekannt. Es verwundert daher, wenn sich der Auftraggeber nunmehr zur Darlegung des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens darauf beruft, "dass seine Kläranlage veraltet sei, sodass er nicht imstande sei, die gesetzlich vorgegebenen Grenzwerte bei den von ihm gereinigten Abwässern zu erzielen." Wie der Auftraggeber selbst ausführt, wäre die Anpassung an die Abwasseremissionsverordnung grundsätzlich, bis 31.12.2002 vorzunehmen gewesen und würden die Vorgaben der Abwasseremissionsverordnung im Jahr 2010 bereits 8 Jahre in Kraft stehen. Dem Auftraggeber ist es ohnedies gelungen, eine Erstreckung des Baufertigstellungstermines bis 31.12.2009 zu erwirken. Im Hinblick auf den dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden mehrjährigen Zeitraum wäre es ihm zumutbar gewesen, die notwendigen Maßnahmen zu einem Zeitpunkt in die Wege zu leiten, der eine Baufertigstellung mit 31.12.2009 und den Beginn des Probelaufes mit 1.3.2010 erwarten lassen hätte können.

Auch in Folge eines allfälligen bewilligungslosen Fortbetriebes der Kläranlage drohende Verwaltungsstrafen, behördliche Ersatzvornahmen, Beugemaßnahmen und Schadenersatzansprüche vermögen die Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu rechtfertigen.

Was die vom Auftraggeber behauptete, ab dem Jahr 2010 drohende und dann nicht mehr zu rechtfertigende Verschmutzung der Gewässer in der Südoststeiermark betrifft, so ist der Senatsvorsitzenden angesichts der seit vielen Jahren in Geltung stehenden und grundsätzlich bis 31.12.2002 umzusetzen gewesenen Vorgaben der Abwasseremissionsverordnung nicht erkennbar, inwiefern die Verschmutzung der Gewässer gerade - und erst- im Jahr 2010 drohen bzw. eintreten und dann nicht mehr zu rechtfertigen sein und nicht bereits schon jetzt Faktum sein sollte. Der Auftraggeber selbst spricht in seiner Stellungnahme davon, dass die Vorgaben der Abwasseremissionsverordnung

im Jahr 2010 acht Jahre in Kraft stehen würden. Im Hinblick darauf, dass die kritischen Grenzwerte und die damit verbundene Umweltbelastung daher bereits Realität sein dürften, fällt eine mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundene zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens um maximal sechs Wochen nicht ins Gewicht.

Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an den Bestbieter und den Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes hinzuweisen (vgl. z.B. BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25 uva.). Schließlich ist auch auf das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an den Bestbieter und den Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes hinzuweisen (vergleiche z.B. BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25 uva.).

Im Hinblick auf obige Ausführungen sind ein Interesse des Auftraggebers oder ein besonderes öffentliches Interesse, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden, nicht gegeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden, wobei die Dauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung im Hinblick auf § 326 BVergG mit sechs Wochen zu befristen war. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden, wobei die Dauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung im Hinblick auf Paragraph 326, BVergG mit sechs Wochen zu befristen war.

Dokumentnummer

VERGT_20070821_N_0078_BVA_14_2007_09_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