

TE Verg Bescheid 2007/2/6 N/0005-BVA/13/2007-07

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.02.2007

Norm

BVergG 2006 §328

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 durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A 10, Prozessleittechnik Katschbergtunnel und Tauerntunnel" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 31. Jänner 2007, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 BVergG 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A 10, Prozessleittechnik Katschbergtunnel und Tauerntunnel" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Baumanagement GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 31. Jänner 2007, gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006, wie folgt entschieden:

Der Lauf der Angebotsfrist wird ausgesetzt und dem Auftraggeber wird die Angebotsöffnung untersagt. Diese einstweilige Verfügung gilt für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 15. März 2007.

Begründung

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 31. Jänner 2007 beim BVA eingelangt am 1. Februar 2007 beehrte die Antragstellerin folgendes:

"Das Bundesvergabeamt wolle nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

1. 1.Ziffer eins
die Ausschreibung hinsichtlich der in Pkt 4.1-4.13 genannten Bestimmungen für nichtig erklären und
2. 2.Ziffer 2
die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf

Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs 2 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten."die Auftraggeberin jedenfalls zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten."

Weiters stellt die Antragstellerin folgende Anträge:

"Das Bundesvergabeamt wolle nach Mitteilung der Auftraggeberin über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren

1. 1.Ziffer eins
die Aussetzung des Vergabeverfahrens verfügen;
2. 2.Ziffer 2
die Öffnung der Angebote, in eventuelle Zuschlagserteilung untersagen."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Auftraggeberin im Vergabeverfahren betreffend die Lieferung, Montage und die Inbetriebnahme der Prozessleittechnik für den Katschbergtunnel und den Tauerntunnel durchführe. Die ursprünglich für den 9. Jänner 2007 festgesetzte Frist für den Eingang der Angebote sei mit Bekanntmachung im EG-Amtsblatt vom 9. Dezember 2006 bzw der ersten Nachsendung vom 7. Dezember 2006 auf den 16. Jänner 2007 erstreckt worden. In Folge zahlreicher Bieteranfragen und Berichtigungsersuchen habe die vergebende Stelle die Angebotsfrist mit Bekanntmachung im EG - Amtsblatt vom 11. Jänner 2007 bzw der zweiten Nachsendung vom 11. Jänner 2007 auf den 25. Jänner 2007 erstreckt. Da bei Weitem nicht alle unklaren bzw rechtswidrigen Festlegungen zurückgenommen worden seien, habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 17. Jänner 2007 eine weitere Liste abzuändernder Passagen in der Ausschreibung übermittelt. Die vergebende Stelle habe mit Bekanntmachung im EG-Amtsblatt vom 20. Jänner 2007 bzw der dritten Berichtigung vom 18. Jänner 2007 die Angebotsfrist auf den 8. Februar 2007 erstreckt. Mit der vierten Nachsendung vom 30. Jänner 2007 sei die vergebende Stelle in einigen (wenigen) Punkten der Antragstellerin entgegengekommen. Zahlreiche beanstandete Festlegungen seien jedoch nicht geändert worden.

Die Antragstellerin sei der Ansicht, dass die angefochtene Entscheidung (Ausschreibung) im Widerspruch zu zwingenden gesetzlichen Vorgaben stehe. Sie erachte sich durch die Entscheidung in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf Legung eines kalkulierbaren Angebotes sowie allgemein auf gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens, eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskronformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - führt die Antragstellerin wie folgt aus:

Ad B1 Pkt 3.11.4 - Zuschlagskriterium Qualität des Projektleiters:

Der Zuschlag erfolge auf das technische und wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Zuschlagskriterien würden neben dem Preis der mit 92% gewichtet sei, die Verlängerung der Gewährleistung mit 5% und die Qualität des Projektleiters mit 3% berücksichtigen. Das zuletzt genannte Kriterium bestehe aus zwei Unterkriterien, einerseits betreffend den Faktor Ausbildung der auch als "Faktor Berufserfahrung" bezeichnet würde. Bewertet würden österreichspezifische Titel. Dies treffe insbesondere auf den "Ingenieur" und "HTL-Ing." zu der nicht in allen Ländern (zumindest der EU) verliehen werde. Außerdem lasse der Grad "Dr." offen, in welcher Studienrichtung der Projektleiter promoviert sein müsse. So könne auch ein Dr. iur. die volle Punktezahl erreichen, obwohl die juristische Ausbildung für die Durchführung des Auftrages wenig zielführend sei. Auch sei nicht jede Fachrichtung einer HTL für die Auftragsausführung einschlägig. Die Bestimmung diskriminiere somit einerseits Bieter mit ausländischem Personal sowie andererseits sei die Punktebewertung für einen Titel der im Rahmen einer Ausbildung erreicht werden könne, an sich nicht geeignet und damit unsachlich, die Erfahrung des Projektleiters zu reflektieren.

Ad Abweichung in B5 und B6 von der ÖNORM B 2118 oder der

geeigneten ÖNORM:

Hier führt die Antragstellerin wie folgt aus:

"Gemäß B.5.1.16.3 der Ausschreibungsunterlagen gelten die ÖNORMEN bzw in Ermangelung dieser die DIN-NORMEN als fachspezifische Gesetze, Normen und Vorschriften. In B.6.1 werden als allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen die als Gründruck veröffentlichte ÖNORMEN B2118 festgelegt. B.6.2 bestimmt die

Rangordnung der Vertragsbestandteile. Nach dem Schlussbrief folgen die Ausschreibungsunterlagen. Bei Widersprüchlichkeiten gelten die Ausschreibungskapitel in der Reihenfolge B8 bis B1, subsidiär gilt die ÖNORM B 2118, danach das ABGB. Daraus folgt, dass hinsichtlich der in B5 enthaltenen Vertragsbestimmungen, soweit dort nichts Abweichendes geregelt ist, B8, B7 und B6 gilt. Da vertragliche Regelungen in B6 enthalten sind und diese wiederum auf die ÖNORM B2118 verweisen, gilt im Ergebnis auch für die in B5 enthaltenen Vertragsbestimmungen die - durch B6 modifizierte - ÖNORM B 2118.

In den technischen Vertragsbestimmungen, insbesondere B5.6 (Instandhaltungsbestimmungen) und in B6 (Rechtliche Vertragsbestimmungen) finden sich zahlreiche Modifikationen der ÖNORM B 2118. Grob gesprochen wird der überwiegende Teil der normativen Bestimmungen dieser ÖNORM durch die Ausschreibungsunterlagen abgeändert. Dies steht im Widerspruch zu §§ 97 und 99, jeweils Abs 2 2. Satz BVergG, wonach Leitlinien, ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen sind, sofern diese bestehen. Der Auftraggeber kann zwar in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen, die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Dies ist trotz entsprechender Anfrage nicht bzw nur unzureichend erfolgt. In den technischen Vertragsbestimmungen, insbesondere B5.6 (Instandhaltungsbestimmungen) und in B6 (Rechtliche Vertragsbestimmungen) finden sich zahlreiche Modifikationen der ÖNORM B 2118. Grob gesprochen wird der überwiegende Teil der normativen Bestimmungen dieser ÖNORM durch die Ausschreibungsunterlagen abgeändert. Dies steht im Widerspruch zu Paragraphen 97 und 99, jeweils Absatz 2, 2. Satz BVergG, wonach Leitlinien, ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen heranzuziehen sind, sofern diese bestehen. Der Auftraggeber kann zwar in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen, die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Dies ist trotz entsprechender Anfrage nicht bzw nur unzureichend erfolgt.

In der 4. Nachsendung bestätigt die Auftraggeberin (Pkt 13.), dass die im Gründruck befindliche ÖNORM B 2118 eine geeignete Leitlinie gemäß § 99 BVergG ist. Im Widerspruch hierzu bemerkt sie in Pkt 12., dass Änderungen, Abweichungen und Präzisierungen der ÖNORM B 2118 unumgänglich seien, da es sich bei den gegenständlichen Leistungen um spezielle E-Technik-Leistungen handelt. In der 4. Nachsendung bestätigt die Auftraggeberin (Pkt 13.), dass die im Gründruck befindliche ÖNORM B 2118 eine geeignete Leitlinie gemäß Paragraph 99, BVergG ist. Im Widerspruch hierzu bemerkt sie in Pkt 12., dass Änderungen, Abweichungen und Präzisierungen der ÖNORM B 2118 unumgänglich seien, da es sich bei den gegenständlichen Leistungen um spezielle E-Technik-Leistungen handelt.

Dies ist eine Schutzbehauptung. Der spezielle Leistungsgegenstand mag zwar eine Abweichung von technischen Normen begründen, lässt aber erkennen, weshalb vertragliche Bestimmungen abweichend von der ÖNORM B 2118 geregelt werden müssen. Die erwähnte ÖNORM regelt allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere im Verkehrswegebau, und erfasst somit den Auftragsgegenstand dieser Ausschreibung. Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht wird auch die Festlegung der ÖNORM B 2118 in B.6.1 angefochten, weil diese ÖNORM noch nicht in Kraft getreten ist. An deren Stelle wäre etwa die einschlägige ÖNORM B 2117 ("Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Verkehrswegen sowie für den damit in Zusammenhang stehenden Landschaftsbau") heranzuziehen. Sollte das BVA die ÖNORM B 2117 als maßgeblicher Prüfungsmaßstab heranziehen, ändert sich nichts hinsichtlich der angefochtenen Bestimmungen. In diesem Fall widersprechen sie der ÖNORM B 2117 bzw einer anderen einschlägigen Werkvertrags-ÖNORM. Nach dem Ausschussbericht zu §§ 97 und 99 BVergG diesen Bestimmungen kann der Auftraggeber lediglich in einzelnen Punkten von diesen Leitlinien abweichend Festlegungen treffen. Der Auftraggeber muss eine sachliche Notwendigkeit für die Abweichung darlegen (BVA 23.4.2004, 17 F-13/03-11). Die zahlreichen Abweichungen sind daher nicht iSd §§ 97 und 99 bzw 99 Abs 2 BVergG erfolgt, womit im Ergebnis vom Leitbild der einschlägigen ÖNORM B 2118 (bzw der ÖNORM B 2117), die einen Interessensausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer herstellt, in weiten Teilen - zu Gunsten des Auftraggebers - abgewichen wird. Diese Änderungen sind daher mangels sachlicher Rechtfertigung vergaberechtswidrig. Rechtswidrig sind und ausdrücklich angefochten werden somit jedenfalls die Bestimmungen in B.6 von Pkt 6.2.5 - 6.3.10.2 in der Fassung der Berichtigungen (soweit sie Abweichungen zur ÖNORM B 2118 enthalten). Im Besonderen trifft dies auf die hier unter Pkt 4.3 - 4.13. angesprochenen Bedingungen zu. Dies ist eine Schutzbehauptung. Der spezielle Leistungsgegenstand mag zwar eine Abweichung von technischen Normen begründen, lässt aber erkennen, weshalb vertragliche Bestimmungen abweichend von der ÖNORM B 2118 geregelt

werden müssen. Die erwähnte ÖNORM regelt allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Großprojekten mit Partnerschaftsmodell, insbesondere im Verkehrswegebau, und erfasst somit den Auftragsgegenstand dieser Ausschreibung. Lediglich aus anwaltlicher Vorsicht wird auch die Festlegung der ÖNORM B 2118 in B.6.1 angefochten, weil diese ÖNORM noch nicht in Kraft getreten ist. An deren Stelle wäre etwa die einschlägige ÖNORM B 2117 ("Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen an Verkehrswegen sowie für den damit in Zusammenhang stehenden Landschaftsbau") heranzuziehen. Sollte das BVA die ÖNORM B 2117 als maßgeblicher Prüfungsmaßstab heranziehen, ändert sich nichts hinsichtlich der angefochtenen Bestimmungen. In diesem Fall widersprechen sie der ÖNORM B 2117 bzw einer anderen einschlägigen Werkvertrags-ÖNORM. Nach dem Ausschussbericht zu Paragraphen 97 und 99 BVergG diesen Bestimmungen kann der Auftraggeber lediglich in einzelnen Punkten von diesen Leitlinien abweichend Festlegungen treffen. Der Auftraggeber muss eine sachliche Notwendigkeit für die Abweichung darlegen (BVA 23.4.2004, 17 F-13/03-11). Die zahlreichen Abweichungen sind daher nicht iSd Paragraphen 97 und 99 bzw 99 Absatz 2, BVergG erfolgt, womit im Ergebnis vom Leitbild der einschlägigen ÖNORM B 2118 (bzw der ÖNORM B 2117), die einen Interessensausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer herstellt, in weiten Teilen - zu Gunsten des Auftraggebers - abgewichen wird. Diese Änderungen sind daher mangels sachlicher Rechtfertigung vergaberechtswidrig. Rechtswidrig sind und ausdrücklich angefochten werden somit jedenfalls die Bestimmungen in B.6 von Pkt 6.2.5 - 6.3.10.2 in der Fassung der Berichtigungen (soweit sie Abweichungen zur ÖNORM B 2118 enthalten). Im Besonderen trifft dies auf die hier unter Pkt 4.3 - 4.13. angesprochenen Bedingungen zu."

Ad B5 Pkt 5.2.1 - Vollständigkeit der Preise

Diese Bestimmung laute in der Fassung der 2. Nachsendung:

Im Sinne der Vollständigkeitsklausel sind zusätzlich Leistungen, die zur Betriebsfähigkeit der Anlagen erforderlich, aber im Leistungsverzeichnis nicht besonders oder in unzureichendem Ausmaß angeführt sind, in die Einheitspreise einzurechnen (siehe dazu ÖNORM B 2118 Pkt. 3.18 Nebenleistungen)

Trotz der erfolgten Berichtigung sei dieser Punkt immer noch zu weit gefasst, weil nach wie vor von zusätzlichen Leistungen die zur Betriebsfähigkeit der Anlage erforderlich seien, aber im Leistungsverzeichnis nicht besonders oder in unzureichendem Ausmaß angeführt würden, die Rede sei. Die ÖNORM B 2118.3.18 schränke Leistungsteile, die mit dem vereinbarten Preisen abgegolten seien, auf Nebenleistungen ein. Dies seien nach der Definition der ÖNORM verhältnismäßig geringfügige Leistungen, die der Usance entsprechend auch dann auszuführen seien, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt seien. Die in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten zusätzlichen Leistungen würden über den Begriff der Nebenleistungen hinausgehen, seien dadurch nicht kalkulierbar und würden § 97 Abs 2 BVergG widersprechen. Im Ergebnis würden die Bestimmungen auf eine unzulässige Ausschreibung zu Pauschalpreisen hinauslaufen, obwohl die Voraussetzungen zur Ausschreibung von Einheitspreisen gemäß § 24 Abs 3 BVergG vorliegen würden (und der Form nach auch zu Einheitspreisen ausgeschrieben worden sei). Trotz der erfolgten Berichtigung sei dieser Punkt immer noch zu weit gefasst, weil nach wie vor von zusätzlichen Leistungen die zur Betriebsfähigkeit der Anlage erforderlich seien, aber im Leistungsverzeichnis nicht besonders oder in unzureichendem Ausmaß angeführt würden, die Rede sei. Die ÖNORM B 2118.3.18 schränke Leistungsteile, die mit dem vereinbarten Preisen abgegolten seien, auf Nebenleistungen ein. Dies seien nach der Definition der ÖNORM verhältnismäßig geringfügige Leistungen, die der Usance entsprechend auch dann auszuführen seien, wenn sie in den Vertragsbestandteilen nicht angeführt seien. Die in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten zusätzlichen Leistungen würden über den Begriff der Nebenleistungen hinausgehen, seien dadurch nicht kalkulierbar und würden Paragraph 97, Absatz 2, BVergG widersprechen. Im Ergebnis würden die Bestimmungen auf eine unzulässige Ausschreibung zu Pauschalpreisen hinauslaufen, obwohl die Voraussetzungen zur Ausschreibung von Einheitspreisen gemäß Paragraph 24, Absatz 3, BVergG vorliegen würden (und der Form nach auch zu Einheitspreisen ausgeschrieben worden sei).

Weiters bekämpft die Antragstellerin noch folgende Ausschreibungspunkte:

B5 Pkt 5.6 Instandhaltungsbestimmungen, B5 Pkt 5.6.9 - Vertragsstrafe, B6 Pkt 6.2.6.1 - Ausführung (ad ÖNORM B 2118 Punkt 6.2.1), B6 Pkt 6.2.8.5 - Zahlung (ad ÖNORM B 2118 Pkt 8.5), B6 Pkt 6.2.8.6 - Sicherstellung, B6 Pkt 6.2.10.1 Schadenersatz allgemein (ad ÖNORM B 2118 Pkt 10.1), B6 Pkt 6.2.10.3 - Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer (ad ÖNORM B 2118 Punkt 10.3.2), B6 Pkt 6.2.5.6.4. - (Sonstiges), B8 Pkt 8.3 - Wesentliche Unterlagen zum Angebot (hinsichtlich K3 und K7 Blätter) und B8 Pkt 8.3.2 - Auf Aufforderung nachzureichende Unterlagen (hinsichtlich K4 Blätter).

Wenn die Auftraggeberin die Ausschreibung in unveränderter Form aufrecht erhalte, sei es der Antragstellerin gar nicht bzw nur unter immensen Kalkulationsaufwand möglich, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen. Weiters sei die Antragstellerin insbesondere aufgrund der unzulässigen Verlagerung von Auftraggeberrisiken aus kaufmännischer Vorsicht gezwungen, Rückstellung zu bilden bzw (soweit überhaupt möglich) entsprechende Haftpflichtversicherungen abzuschließen. Der Antragstellerin sei durch die bisherige Angebotsbearbeitung bereits ein Aufwand in der Höhe von ca Euro 90.000,-- entstanden.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 1. Februar 2007, beim BVA eingelangt am 5. Februar 2007, teilte diese mit, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens "A 10, Tauernautobahn, Prozessleittechnik Katschbergtunnel und Tauerntunnel", die Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG) sei, welche die ASFINAG Baumanagement GmbH mit Sitz in Wien, Rotenturmstraße 5-9, im Sinne der § 1007 AGBG unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe das gegenständliche Bauvorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Der gegenständliche Bauauftrag im Oberschwellenbereich werde im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 7,870.000,--. Es habe eine Bekanntmachung in der EU mit Absendung am 7. November 2006 und eine Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger am 10. November 2006 stattgefunden. Die erste Berichtigung sei am 7. Dezember 2006, die zweite Berichtigung am 8. Jänner 2007, die dritte Berichtigung am 17. Jänner 2007 und die vierte Berichtigung am 30. Jänner 2007 erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 8. Februar 2007 festgelegt worden. Eine Angebotsöffnung habe noch nicht stattgefunden. Öffentliche Interessen im Sinne des § 329 Abs 1 BVergG 2006 gegen die Erlassung der Beantragen einstweiligen Verfügung bestehe aus Sicht der Auftraggeberin nicht. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 1. Februar 2007, beim BVA eingelangt am 5. Februar 2007, teilte diese mit, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens "A 10, Tauernautobahn, Prozessleittechnik Katschbergtunnel und Tauerntunnel", die Autobahnen- und Schnellstrassen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG) sei, welche die ASFINAG Baumanagement GmbH mit Sitz in Wien, Rotenturmstraße 5-9, im Sinne der Paragraph 1007, AGBG unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt habe das gegenständliche Bauvorhaben bis zur Schlussfeststellung im "Vollmachtsnamen" abzuwickeln. Der gegenständliche Bauauftrag im Oberschwellenbereich werde im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 7,870.000,--. Es habe eine Bekanntmachung in der EU mit Absendung am 7. November 2006 und eine Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger am 10. November 2006 stattgefunden. Die erste Berichtigung sei am 7. Dezember 2006, die zweite Berichtigung am 8. Jänner 2007, die dritte Berichtigung am 17. Jänner 2007 und die vierte Berichtigung am 30. Jänner 2007 erfolgt. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 8. Februar 2007 festgelegt worden. Eine Angebotsöffnung habe noch nicht stattgefunden. Öffentliche Interessen im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 gegen die Erlassung der Beantragen einstweiligen Verfügung bestehe aus Sicht der Auftraggeberin nicht.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Die ASFINAG ist ein öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Ziffer 2 BVergG 2006. Sie wird durch die ASFINAG Baumanagement GmbH vertreten und hat zur Beschaffung der Prozessleittechnik Katschbergtunnel und Tauerntunnel der A 10 Tauernautobahn einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 7,870.000,-- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin beabsichtigt ein Angebot zu legen. Das Ende der Angebotsfrist wurde von der Auftraggeberin schließlich mit 8. Februar 2007 festgelegt. Die ASFINAG ist ein öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2 BVergG 2006. Sie wird durch die ASFINAG Baumanagement GmbH vertreten und hat zur Beschaffung der Prozessleittechnik Katschbergtunnel und Tauerntunnel der A 10 Tauernautobahn einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 7,870.000,-- ohne USt - somit im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Antragstellerin beabsichtigt ein Angebot zu legen. Das Ende der Angebotsfrist wurde von der Auftraggeberin schließlich mit 8. Februar 2007 festgelegt.

Zulässigkeit der Anträge:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung ist gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem

Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG ist somit nicht gegeben. Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation der Antragstellerin zur Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung ist gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 zu prüfen, ob der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass sich das Verfahren in einem Stadium vor Zuschlagserteilung befindet, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - behauptet wurde, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen in allen übrigen Fällen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Der Ablauf der Angebotsfrist wurde mit 8. Februar 2007 festgelegt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 31. Jänner 2007 eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde daher rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen in allen übrigen Fällen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Der Ablauf der Angebotsfrist wurde mit 8. Februar 2007 festgelegt. Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag am 31. Jänner 2007 eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde daher rechtzeitig eingebracht. Der Antrag wurde auch ordnungsgemäß vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG 2006 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 2006 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 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 2006 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 2006 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 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel

führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat als vorläufige Maßnahmen beantragt es solle 1. die Aussetzung des Vergabeverfahrens verfügt werden und 2. die Öffnung der Angebote, in eventu die Zuschlagserteilung untersagt werden.

Da seitens der Auftraggeberin eine Ausschreibung durchgeführt wurde, die bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig sein könnte und da die Antragstellerin beabsichtigt ein Angebot abzugeben, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise ein Schaden der durch die Untersagung der Öffnung der Angebote und die Aussetzung der Angebotsfrist unterbunden werden kann.

Die Auftraggeberin hat angegeben, dass ein öffentliches Interesse im Sinne des § 329 Abs 1 BVergG 2006 gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht bestehe. Die Auftraggeberin hat angegeben, dass ein öffentliches Interesse im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht bestehe.

Somit erscheint bei Abwägung der Interessen aller Beteiligten ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass es ihr gar nicht bzw nur unter immensen Kalkulationsaufwand möglich sei, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen und dass sie insbesondere aufgrund der unzulässigen Verlagerung von Auftraggeberrisiken aus kaufmännischer Vorsicht gezwungen sei, Rückstellung zu bilden bzw (soweit überhaupt möglich) entsprechende Haftpflichtversicherungen abzuschließen. Daher wurden, damit die Antragstellerin nicht bis zum Ende der Angebotsfrist (8. Februar 2007) ein Angebot legen muss, die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und die Untersagung der Öffnung der Angebote als die gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen vorgesehen. Die beantragte Aussetzung des (gesamten) Vergabeverfahrens erscheint nicht nötig und geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die Dauer der einstweiligen Verfügung entspricht der in § 326 BVergG vorgeschriebenen Entscheidungsfrist. Somit erscheint bei Abwägung der Interessen aller Beteiligten ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die Antragstellerin hat vorgebracht, dass es ihr gar nicht bzw nur unter immensen Kalkulationsaufwand möglich sei, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen und dass sie insbesondere aufgrund der unzulässigen Verlagerung von Auftraggeberrisiken aus kaufmännischer Vorsicht gezwungen sei, Rückstellung zu bilden bzw (soweit überhaupt möglich) entsprechende Haftpflichtversicherungen abzuschließen. Daher wurden, damit die Antragstellerin nicht bis zum Ende der Angebotsfrist (8. Februar 2007) ein Angebot legen muss, die Aussetzung des Laufes der Angebotsfrist und die Untersagung der Öffnung der Angebote als die gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen vorgesehen. Die beantragte Aussetzung des (gesamten) Vergabeverfahrens erscheint nicht nötig und geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die Dauer der einstweiligen Verfügung entspricht der in Paragraph 326, BVergG vorgeschriebenen Entscheidungsfrist.

Über den Antrag auf "Ersatz der Pauschalgebühren " wird gesondert entschieden werden.

Dokumentnummer

VERGT_20070206_N_0005_BVA_13_2007_07_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