

TE Verg Bescheid 2006/5/17 N/0033-BVA/13/2006-011

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.05.2006

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §74

BVergG 2006 §75

BVergG 2006 §97 Abs2

BVergG 2006 §99 Abs2

BVergG 2006 §100

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

ÖNORM B 2117

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 99 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 100 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 7/2016

2. BVergG 2006 § 100 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A12 Inntal Autobahn, A13 Brenner Autobahn, A14 Rheintal Autobahn, S16 Arlberg Schnellstraße, Bodenmarkierungsarbeiten 2006 - 2008", des Auftraggebers ASFINAG Alpenstraßen GmbH, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, aufgrund des Antrages der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 10. Mai 2006, ergänzt mit Schriftsatz vom 15. Mai 2006 gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 BVergG 2006 wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 13, Mag. Thomas Gruber, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A12 Inntal Autobahn, A13 Brenner Autobahn, A14 Rheintal Autobahn, S16 Arlberg Schnellstraße, Bodenmarkierungsarbeiten 2006 - 2008", des Auftraggebers ASFINAG Alpenstraßen GmbH, Rennweg 10a, 6020 Innsbruck, aufgrund des Antrages der A*** GmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, vom 10. Mai 2006, ergänzt mit Schriftsatz vom 15. Mai 2006 gerichtet auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 wie folgt entschieden:

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens längstens aber bis zum Ablauf des 22. Juni 2006 die Angebotsöffnung untersagt und der Lauf der Angebotsfrist mit der Wirkung einer Hemmung ausgesetzt.

BEGRÜNDUNG

Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 10. Mai 2006 begehrte die Antragstellerin

1. 1.)eins,
das Bundesvergabeamt möge die Ausschreibung des Auftraggebers für nichtig erklären und aussprechen, dass der Antragsgegner verpflichtet ist, uns die Pauschalgebühren sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von insgesamt Euro 5.000,-- zu ersetzen,
2. 2.)2,
das Bundesvergabeamt möge den Lauf der Angebotsfrist im gegenständlichen Vergabeverfahren aussetzen und dem Antragsgegner die Unterlassung der Angebotsöffnung auftragen; dies alles bis zur Entscheidung über den obigen Nachprüfungsantrag längstens für die Dauer von sechs Wochen
3. 3.)3,
Akteneinsicht.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die ASFINAG Alpenstraßen GmbH habe mit Ausschreibung vom 26. April 2006 Bodenmarkierungen an der A12 Inntalautobahn, A13 Brennerautobahn, S16 Arlberg Schnellstraße und A14 Rheintalautobahn für 2006-2008 ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe die Ausschreibungsunterlagen am 26.4.2006 beim Auftraggeber behoben und beabsichtige - unter der Voraussetzung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung - ein Angebot abzugeben. Im Falle der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens auf Grundlage der Vorlage der rechtswidrigen Ausschreibung drohe ein erheblicher Schaden. Der Schaden bestehe in Höhe des mit diesem Auftrag verbunden marktüblichen entgangenen Gewinns von 7% der zu erwartenden Auftragssumme ferner in Höhe der frustrierten internen und externen Kosten sowie im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin fühle sich in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
im Recht darauf, dass die Ausschreibung bei Anwendung des Billigstbieterprinzips so gestaltet ist, dass nur vergleichbare Leistungen angeboten werden können;
- -Strichaufzählung
im Recht auf Feststellung von Eignungskriterien:
- -Strichaufzählung
im Recht auf Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen in einer Weise, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und umfangreicher Vorarbeiten erstellt werden können;

- -Strichaufzählung
im Recht darauf, dass die Ausschreibung keine sittenwidrigen oder gröblich benachteiligenden Vorschriften enthält;
- -Strichaufzählung
überhaupt im Recht auf eine vergaberechtskonforme Gestaltung der Ausschreibung;
- -Strichaufzählung
in eventu: im Recht auf Widerruf der Ausschreibung. Unter Punkt 6. a) (trotz Billigstbieterprinzips keine vergleichbaren Angebote) wird von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt:

Einziges Zuschlagskriterium sei gemäß Pkt. B.1,207 u. B.1,304.2 der Ausschreibungsunterlagen der niedrigste Preis (Billigstbieterprinzip). Der Preis als einziges Zuschlagskriterium sei nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn ein Vergleichsstandard existiere, der durch die Festlegung des Auftraggebers entsprechend fixiert sei und wenn die Angebote dementsprechend vergleichbar seien (1171 BlgNR XXII. GP 77). Eine eindeutige Definition des Qualitätsstandards der zu vergebenen Markierstoffe sei in der vorliegenden Ausschreibung jedoch nicht erfolgt. Eine Übereinstimmung der Materialkennwerte mit den gültigen ÖNORMEN könne deshalb nicht nachgewiesen werden, weil die ÖNORMEN keine (Mindest-) Materialkennwerte beinhalten würden. Angesichts der vorliegenden Leistungsbeschreibung sei festzustellen, dass von einem einzigen in der Ausschreibung festgelegten Qualitätsstandard keine Rede sein könne. Dieser würde vielmehr erst durch die Bieter durch die im jeweiligen Angebot zu machenden Angaben - bei jedem Bieter unterschiedlich - definiert werden. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber erfordere aber einen objektiven "Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter" (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89). Dies wäre aber nur dann gewährleistet, wenn die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen vergleichbare, insbesondere qualitativ gleichwertige Angebote sicherstellen würden (nur in diesem Fall könne der gebotene objektive Vergleich allein über den Angebotspreis erfolgen). Einziges Zuschlagskriterium sei gemäß Pkt. B.1,207 u. B.1,304.2 der Ausschreibungsunterlagen der niedrigste Preis (Billigstbieterprinzip). Der Preis als einziges Zuschlagskriterium sei nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn ein Vergleichsstandard existiere, der durch die Festlegung des Auftraggebers entsprechend fixiert sei und wenn die Angebote dementsprechend vergleichbar seien (1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 77). Eine eindeutige Definition des Qualitätsstandards der zu vergebenen Markierstoffe sei in der vorliegenden Ausschreibung jedoch nicht erfolgt. Eine Übereinstimmung der Materialkennwerte mit den gültigen ÖNORMEN könne deshalb nicht nachgewiesen werden, weil die ÖNORMEN keine (Mindest-) Materialkennwerte beinhalten würden. Angesichts der vorliegenden Leistungsbeschreibung sei festzustellen, dass von einem einzigen in der Ausschreibung festgelegten Qualitätsstandard keine Rede sein könne. Dieser würde vielmehr erst durch die Bieter durch die im jeweiligen Angebot zu machenden Angaben - bei jedem Bieter unterschiedlich - definiert werden. Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber erfordere aber einen objektiven "Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter" (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89). Dies wäre aber nur dann gewährleistet, wenn die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen vergleichbare, insbesondere qualitativ gleichwertige Angebote sicherstellen würden (nur in diesem Fall könne der gebotene objektive Vergleich allein über den Angebotspreis erfolgen).

Unter Punkt 6. b) (fehlende Eignungskriterien) wird von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt:

Die Ausschreibung enthalte unter Pkt. B.1,304 zwar eine umfangreiche Liste an Eignungsnachweisen; es würden jedoch Angaben darüber fehlen, unter welchen Voraussetzungen die Eignung eines Bieters bejaht werde. So sei zwar gemäß Pkt. B.1,304.1.4 eine Umsatzerklärung abzugeben. Der Antragsgegner habe es aber unterlassen, auch bekannt zu geben, welchen Umsatz ein Bieter mindestens gehabt haben müsse, um für den gegenständlichen Auftrag in Frage zu kommen. Ähnlich verhalte es sich in Pkt. B.1,304.1.5, nach dem zwar eine Erklärung über die Ausstattung, Baugeräte und technische Ausrüstung abzugeben sei. Der Antragsgegner lege aber nicht fest, über welche Geräte ein Bieter mindestens verfügen müsse, damit er aus technischer Sicht leistungsfähig genug sei. Unter Punkt 6. c) (Verletzung des Rechts auf Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen in einer Weise, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und umfangreicher Vorarbeiten erstellt werden können; den AN diskriminierende und gröblich benachteiligende Vorschriften) wird von der Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt: Die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere deren Teile B.5 und B.6 (teilweise auch B.7 und B.8) würden einen umfangreichen Katalog an Abweichungen von standardisierten Leistungsbeschreibungen und Leistungsverträgen, insbesondere von den ÖNORMEN und ON-Regelungen enthalten. Diese Abweichungen würden einer sachlichen Rechtfertigung entbehren, weshalb sie schon deshalb vergaberechtswidrig seien (vgl. §§ 97 Abs 2 u. 99 Abs 2 BVergG).

Die ÖNORMEN seien in einem Verfahren qualifizierten Konsenses zu Stande gekommen. Es sei daher davon auszugehen, dass die beteiligten Kreise die Festlegungen und Regelungen der ÖNORMEN für richtig und angemessen halten würden. Jede Abweichung davon bedürfe daher aufgrund der Maßstabsfunktion dieser Normen (OGH 20.8.1998, 10 Ob 212/98) einer besonderen sachlichen Rechtfertigung (BVA 23.4.2004, 17F-13/03-23). Sämtliche der vom Antragsgegner vorgenommenen Abweichungen würden eine Umverteilung des Risikos zu Lasten des Auftragnehmers bewirken. Hervorgehoben werde, dass die Antragstellerin nicht nur die Verletzung ihrer Rechte durch die erwähnten Abweichungen geltend machen würde; vielmehr sei sie schon durch die flächendeckende und grundsätzliche Abweichung von Normen, Leitlinien und standardisierten Leistungsbeschreibungen und - Verträgen verletzt. Allein das Ausmaß der Abweichungen von der ÖNORMEN B 2117:2002 führe schon deutlich vor Augen, dass der Antragsgegner bloß vordergründig diese ÖNORMEN für anwendbar erkläre, tatsächlich aber den gesamten wesentlichen Inhalt neu - zu Lasten des Auftragnehmers - regeln würde, ohne dass es dafür sachliche Gründe gäbe. Der Antragsgegner mache geradezu die Abweichung zum Standard. Die sei ein eklatanter Gesetzesverstoß (vgl. §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 BVergG). Im Übrigen komme es auch deshalb zu unkalkulierbaren Risiken, Sittenwidrigkeiten und gröblichen Benachteiligungen für den Auftragnehmer, weil die Ausschreibungsunterlage in weiten Teilen auf Tunnelbauvorhaben zugeschnitten sei, was für die gegenständlichen Bodenmarkierungsarbeiten zu wesensfremden Regelungen führe. Die gegen die Angebotsöffnung und auf Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist gerichtete einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich. Nur dadurch sei gewährleistet, dass die Antragstellerin bei Obsiegen mit ihrem Hauptantrag in der Lage sei, ein Angebot mit Chancen auf Zuschlagserteilung zu erstellen. Mit Schreiben der ASFINAG Alpenstraßen GmbH vom 15. Mai 2006 brachte diese vor, dass sie eine 100%ige Tochtergesellschaft der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanz-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, sei und mit dem Betrieb und der Erhaltung der A12 Inntalautobahn, A13 Brennerautobahn, S16 Arlberg Schnellstraße und der A14 Rheintalautobahn betraut sei. In dieser Funktion erbringe sie Leistungen teils im Namen der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft und teils im eigenen Namen als Teil des Gesamtauftrages der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Für Bodenmarkierungen im Gesamten und so auch für die gegenständliche Ausschreibung von Bodenmarkierungen sei die ASFINAG Alpenstraßen GmbH im eigenen Namen zuständig und beauftragt. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 4,586.376,20 netto, das Vergabeverfahren werde im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Die Bekanntmachung sei in Österreich im Amtlichen Lieferanzeiger der B*** Zeitung am 26.4.2006 erfolgt. Die Angebotsöffnung sei für den 18. Mai 2006, 11:00 Uhr geplant. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten würden jeder Grundlage entbehren. Richtig sei, dass die Ausschreibung nach dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip gemäß § 100 BVergG) erfolgt sei. Die Anforderungen an die zu verwendenden Materialien sowie an die Art und Weise der Durchführung der Markierungen sei in der Ausschreibung und den zugrunde liegenden Normen und technischen Vorschriften im Detail geregelt. Klar seien die geforderten Werte für die Griffigkeit, den Leuchtdichtefaktor bei Trockenheit, die Reflektion durch Anleuchten, die Reflektion bei Tageslicht oder Straßenbeleuchtung sowie die Trockenschichtdicke angegeben. Die Forderungen in der Ausschreibung gemäß den §§ 74 u. 75 BVergG nach Nachweisen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit erfolge entsprechend den Vorschriften des BVergG. Exakte Grenzwerte müsse die ausschreibende Stelle nicht angeben. Die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere deren Teile B.5 und B.6 (teilweise auch B.7 und B.8) würden einen umfangreichen Katalog an Abweichungen von standardisierten Leistungsbeschreibungen und Leistungsverträgen, insbesondere von den ÖNORMEN und ON-Regelungen enthalten. Diese Abweichungen würden einer sachlichen Rechtfertigung entbehren, weshalb sie schon deshalb vergaberechtswidrig seien vergleiche Paragraphen 97, Absatz 2, u. 99 Absatz 2, BVergG). Die ÖNORMEN seien in einem Verfahren qualifizierten Konsenses zu Stande gekommen. Es sei daher davon auszugehen, dass die beteiligten Kreise die Festlegungen und Regelungen der ÖNORMEN für richtig und angemessen halten würden. Jede Abweichung davon bedürfe daher aufgrund der Maßstabsfunktion dieser Normen (OGH 20.8.1998, 10 Ob 212/98) einer besonderen sachlichen Rechtfertigung (BVA 23.4.2004, 17F-13/03-23). Sämtliche der vom Antragsgegner vorgenommenen Abweichungen würden eine Umverteilung des Risikos zu Lasten des Auftragnehmers bewirken. Hervorgehoben werde, dass die Antragstellerin nicht nur die Verletzung ihrer Rechte durch die erwähnten Abweichungen geltend machen würde; vielmehr sei sie schon durch die flächendeckende und grundsätzliche Abweichung von Normen, Leitlinien und standardisierten Leistungsbeschreibungen und - Verträgen verletzt. Allein das Ausmaß der Abweichungen von der ÖNORMEN B 2117:2002 führe schon deutlich vor Augen, dass der Antragsgegner

bloß vordergründig diese ÖNORMEN für anwendbar erkläre, tatsächlich aber den gesamten wesentlichen Inhalt neu - zu Lasten des Auftragnehmers - regeln würde, ohne dass es dafür sachliche Gründe gäbe. Der Antragsgegner mache geradezu die Abweichung zum Standard. Die sei ein eklatanter Gesetzesverstoß vergleiche Paragraphen 97, Absatz 2 und 99 Absatz 2, BVergG). Im Übrigen komme es auch deshalb zu unkalkulierbaren Risiken, Sittenwidrigkeiten und gröblichen Benachteiligungen für den Auftragnehmer, weil die Ausschreibungsunterlage in weiten Teilen auf Tunnelbauvorhaben zugeschnitten sei, was für die gegenständlichen Bodenmarkierungsarbeiten zu wesensfremden Regelungen führe. Die gegen die Angebotsöffnung und auf Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist gerichtete einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich. Nur dadurch sei gewährleistet, dass die Antragstellerin bei Obsiegen mit ihrem Hauptantrag in der Lage sei, ein Angebot mit Chancen auf Zuschlagserteilung zu erstellen. Mit Schreiben der ASFINAG Alpenstraßen GmbH vom 15. Mai 2006 brachte diese vor, dass sie eine 100%ige Tochtergesellschaft der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanz-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, sei und mit dem Betrieb und der Erhaltung der A12 Inntalautobahn, A13 Brennerautobahn, S16 Arlberg Schnellstraße und der A14 Rheintalautobahn betraut sei. In dieser Funktion erbringe sie Leistungen teils im Namen der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft und teils im eigenen Namen als Teil des Gesamtauftrages der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Für Bodenmarkierungen im Gesamten und so auch für die gegenständliche Ausschreibung von Bodenmarkierungen sei die ASFINAG Alpenstraßen GmbH im eigenen Namen zuständig und beauftragt. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 4.586.376,20 netto, das Vergabeverfahren werde im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt. Die Bekanntmachung sei in Österreich im Amtlichen Lieferanzeiger der B*** Zeitung am 26.4.2006 erfolgt. Die Angebotsöffnung sei für den 18. Mai 2006, 11:00 Uhr geplant. Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten würden jeder Grundlage entbehren. Richtig sei, dass die Ausschreibung nach dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip gemäß Paragraph 100, BVergG) erfolgt sei. Die Anforderungen an die zu verwendenden Materialien sowie an die Art und Weise der Durchführung der Markierungen sei in der Ausschreibung und den zugrunde liegenden Normen und technischen Vorschriften im Detail geregelt. Klar seien die geforderten Werte für die Griffigkeit, den Leuchtdichtefaktor bei Trockenheit, die Reflektion durch Anleuchten, die Reflektion bei Tageslicht oder Straßenbeleuchtung sowie die Trockenschichtdichte angegeben. Die Forderungen in der Ausschreibung gemäß den Paragraphen 74, u. 75 BVergG nach Nachweisen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit erfolge entsprechend den Vorschriften des BVergG. Exakte Grenzwerte müsse die ausschreibende Stelle nicht angeben. Wiederholt werde in der Ausschreibung festgestellt, dass sämtliche ÖNORMEN anzuwenden seien. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin entbehre jeder Grundlage. Konkret zu den Positionen sei zu sagen, dass diese sämtliche aus der VB01 (Leistungsbuch Verkehrswegebau) direkt abgeleitet worden seien. Lediglich einige vertragsrechtliche Punkte (B 6) würden Abweichungen zu der ansonsten der Ausschreibung zugrunde liegenden ÖNORMEN B 2117 darstellen. Dies aus dem Grund, da das Aufbringen von Bodenmarkierungen bzw. die Einrichtung der entsprechenden Verkehrsleitsysteme einer besonders sorgfältigen Vorgangsweise bedürften. Strenge rechtliche Bedingungen seien Angelegenheiten der Vertragsparteien und könnten kein Grund sein, eine Ausschreibung aufzuheben. Zur beantragten einstweiligen Verfügung bringt die Auftraggeberin vor, dass zum jetzigen Zeitpunkt nicht gesagt werden könne, ob die Antragstellerin die Ausschreibung gewinnen würde. Der vorgebrachte Schaden sei daher zumindest nicht besonders wahrscheinlich. Die Angaben sowohl zur Höhe des potentiell entgehenden Gewinnes als auch zu den Kosten für die Angebotsausarbeitung werde jedenfalls in dieser Höhe und Form bestritten. Seitens der Auftraggeberin würde andererseits eine Verzögerung des Vergabeverfahrens ein enormes Sicherheitsrisiko darstellen: der derzeitige Zustand der Markierungen auf den gegenständlichen Straßenzügen erfordere dringendst eine Nachmarkierung, um die Verkehrssicherheit auch weiterhin gewährleisten zu können. Derzeit befänden sich auf der A 12 Inntalautobahn (Bereich Kufstein, Wattens und Telfs) auf der A13 Brennerautobahn (km 5-10) und auf der S 16 Arlberg-Schnellstraße (km 0-1,3) Baustellen, die in den Monaten Juni und Juli fertig gestellt werden würden. Sollte durch die Verzögerung der Ausschreibung in diesem Zeitraum ein Vertrag mit einer Bodenmarkierungsfirma nicht vorliegen, würde das besondere Gefahren für die Benutzer der genannten Verkehrsstrecken bedeuten. Die Baustellenbereiche müssten ohne Markierung mit hohem Risiko benützt werden. Zur Zeit stünde der ausschreibenden Stelle keine vertragsgebundene Bodenmarkierungsfirma zur Verfügung. Daher werde der Antrag gestellt, das Bundesvergabeamt möge den Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abweisen. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 15. Mai 2006 präzisierte diese ihren Antrag vom 10. Mai 2006 sodass dieser wie

folgt zu lauten habe:

"Wir stellen den Antrag, das Bundesvergabeamt möge den Lauf der Angebotsfrist im gegenständlichen Vergabeverfahren aussetzen und verfügen, dass während der ausgesetzten Frist der Lauf der Angebotsfrist gehemmt ist und dem Antragsgegner die Unterlassung der Angebotsöffnung auftragen; dies alles bis zur Entscheidung über den obigen Nachprüfungsantrag, längstens für die Dauer von sechs Wochen."

Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Provisorialverfahren

Die Auftraggeberin hat mit Vergabebekanntmachung vom 26. April 2006 eine Ausschreibung betreffend die Vergabe von Bodenmarkierungsarbeiten für die Jahre 2006 bis 2008 auf der A12 Inntal-Autobahn, A13 Brennerautobahn, S16 Arlberg-Schnellstraße und A14 Rheintal-Autobahn bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro 4,586.376,20 netto. Das Vergabeverfahren wird im Wege eines offenen Verfahrens durchgeführt.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Soweit innerhalb der kurzen Fristen des Provisorialverfahrens feststellbar, ist die ASFINAG Alpenstraßen GmbH eine 100 %ige Tochtergesellschaft der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft und öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Bei der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft handelt es sich zweifellos um eine öffentliche Einrichtung iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Da deren Anteile gemäß Artikel II § 1 ASFINAG-Gesetz BGBl. Nr. 591/1982 idF BGBl. I Nr. 174/2004, zu 100 % dem Bund vorbehalten sind, unterliegt sie zudem dem Vollziehungsbereich des Bundes. Die ASFINAG hat nach dem Vorbringen der ASFINAG Alpenstraßen GmbH einen Teil ihrer Aufgaben der ASFINAG Alpenstraßen GmbH übertragen. Es wird deshalb vorerst davon ausgegangen, dass die ASFINAG Alpenstraßen GmbH ein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ist. Soweit innerhalb der kurzen Fristen des Provisorialverfahrens feststellbar, ist die ASFINAG Alpenstraßen GmbH eine 100 %ige Tochtergesellschaft der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft und öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Bei der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft handelt es sich zweifellos um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Da deren Anteile gemäß Artikel römisch zwei Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz Bundesgesetzblatt Nr. 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 174 aus 2004,, zu 100 % dem Bund vorbehalten sind, unterliegt sie zudem dem Vollziehungsbereich des Bundes. Die ASFINAG hat nach dem Vorbringen der ASFINAG Alpenstraßen GmbH einen Teil ihrer Aufgaben der ASFINAG Alpenstraßen GmbH übertragen. Es wird deshalb vorerst davon ausgegangen, dass die ASFINAG Alpenstraßen GmbH ein öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ist.

Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß § 321 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen in allen übrigen Fällen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen. Die Angebotsfrist läuft im gegenständlichen Fall am 18. Mai 2006 ab. Der Nachprüfungsantrag ist mit Schreiben vom 10. Mai 2006, laut Poststempel am gleichen Tage zur Post gegeben, gestellt worden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist somit fristgerecht eingebracht worden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen in allen übrigen Fällen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen. Die Angebotsfrist läuft im gegenständlichen Fall am 18. Mai 2006 ab. Der Nachprüfungsantrag ist mit Schreiben vom 10. Mai 2006, laut Poststempel am gleichen Tage zur Post gegeben, gestellt worden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist somit fristgerecht eingebracht worden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Wie sich aus den von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen ergibt, handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens beträgt Euro 4,586.376,20 netto, weshalb es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt.

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.

Der Auftraggeber weicht möglicherweise in seinen technischen und rechtlichen Ausschreibungsvorgaben von einschlägigen Normen und standardisierten Leistungsbeschreibungen ab. Es kann derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass dieses Vorgehen insbesondere den §§ 97 Der Auftraggeber weicht möglicherweise in seinen technischen und rechtlichen Ausschreibungsvorgaben von einschlägigen Normen und standardisierten Leistungsbeschreibungen ab. Es kann derzeit nicht ausgeschlossen werden, dass dieses Vorgehen insbesondere den Paragraphen 97

1. u. Litera u

98 BVergG 2006 widerspricht. Eine vom Bundesvergabeamt auszusprechende Streichung einzelner Ausschreibungspassagen bzw. - angesichts der Fülle an bekämpften Bestimmungen - eine Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung erscheint denkmöglich. Die Antragstellerin verweist einerseits auf den ihr entstehenden finanziellen Schaden und andererseits auf den ihr drohenden Verlust eines Referenzprojektes. Dabei handelt es sich um einen im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigenden Nachteil. Die Auftraggeberin dagegen verweist darauf, dass bei bestimmten Straßenzügen dringendst eine Nachmarkierung erforderlich sei, um die Verkehrssicherheit auch weiterhin zu gewährleisten. Insbesondere müssten Baustellenbereiche in den Monaten Juni und Juli ohne Markierung mit hohem Risiko benützt werden. Dazu ist zu sagen, dass die Auftraggeberin nicht angegeben hat in welchem/n Jahr/Jahren die Baustellenarbeiten durchgeführt werden sollen (ausgeschrieben werden jedenfalls Bodenmarkierungsarbeiten für die Jahre 2006 bis 2008) sondern lediglich die Monate Juni und Juli genannt hat. Daher ist die besondere Dringlichkeit nicht nachvollziehbar. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Vergabeverfahrens einzukalkulieren. Somit ergibt eine Abwägung der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers kein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen

Verfügung.

Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Angebotsöffnung sowie die Aussetzung der Angebotsfrist verbunden mit einer Hemmung der Angebotsfrist. Vor allem die Fristaussetzung ist in der gegenständlichen Konstellation als notwendiges und gelindestes Mittel anzusehen. Bei der Aussetzung einer Frist ist grundsätzlich von deren Hemmung auszugehen und wurde dies auch im Spruch dieses Bescheides aufgenommen. Im Falle einer Hemmung des Fristenlaufes wird die "Uhr" durch die einstweilige Verfügung gewissermaßen "angehalten". Die Antragstellerin hat nach wie vor die Möglichkeit und eine gewisse Zeit, ein Angebot zu legen. Sie hat dafür genauso viel Zeit zur Verfügung, wie sie im Zeitpunkt der Erlassung des EV-Bescheides noch hatte. Im Ergebnis bedeutet die Hemmung der Angebotsfrist somit, dass der Zeitraum, in dem die einstweilige Verfügung in Kraft ist, für die Berechnung der Angebotsfrist nicht einzurechnen ist. (Th. Gruber, Aussetzung des Vergabeverfahrens mittels EV - Konsequenzen für den Fristenlauf? ZVB 2004, 317). Durch die Aussetzung der Angebotsfrist wird zwar grundsätzlich eine rechtzeitige Angebotsöffnung nicht mehr möglich sein. Im Sinne einer höheren Rechtssicherheit wurde jedoch auch eine Untersagung der Angebotsöffnung - zumal von der Antragstellerin zur Erlangung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 328 BVergG 2006 beantragt - gewährt. Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Angebotsöffnung sowie die Aussetzung der Angebotsfrist verbunden mit einer Hemmung der Angebotsfrist. Vor allem die Fristaussetzung ist in der gegenständlichen Konstellation als notwendiges und gelindestes Mittel anzusehen. Bei der Aussetzung einer Frist ist grundsätzlich von deren Hemmung auszugehen und wurde dies auch im Spruch dieses Bescheides aufgenommen. Im Falle einer Hemmung des Fristenlaufes wird die "Uhr" durch die einstweilige Verfügung gewissermaßen "angehalten". Die Antragstellerin hat nach wie vor die Möglichkeit und eine gewisse Zeit, ein Angebot zu legen. Sie hat dafür genauso viel Zeit zur Verfügung, wie sie im Zeitpunkt der Erlassung des EV-Bescheides noch hatte. Im Ergebnis bedeutet die Hemmung der Angebotsfrist somit, dass der Zeitraum, in dem die einstweilige Verfügung in Kraft ist, für die Berechnung der Angebotsfrist nicht einzurechnen ist. (Th. Gruber, Aussetzung des Vergabeverfahrens mittels EV - Konsequenzen für den Fristenlauf? ZVB 2004, 317). Durch die Aussetzung der Angebotsfrist wird zwar grundsätzlich eine rechtzeitige Angebotsöffnung nicht mehr möglich sein. Im Sinne einer höheren Rechtssicherheit wurde jedoch auch eine Untersagung der Angebotsöffnung - zumal von der Antragstellerin zur Erlangung der aufschiebenden Wirkung gemäß Paragraph 328, BVergG 2006 beantragt - gewährt.

Über den Gebührenersatz wird gesondert abgesprochen werden.

Dokumentnummer

VERGT_20060517_N_0033_BVA_13_2006_011_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