

# TE Verg Bescheid 2004/10/12 15N-74/04-19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2004

## Norm

BVergG 2002 §3 Abs1 Z1  
BVergG 2002 §7 Abs1 Z1  
BVergG 2002 §9 Abs2  
BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa  
BVergG 2002 §66 Abs3  
BVergG 2002 §67 Abs3  
BVergG 2002 §74 Abs2  
BVergG 2002 §78 Abs1  
BVergG 2002 §81 Abs5  
BVergG 2002 §162 Abs2  
BVergG 2002 §163 Abs1  
BVergG 2002 §165 Abs2  
BVergG 2002 §166 Abs2  
BVergG 2002 §169 Abs2 Z1 lita  
AVG §39 Abs2

1. AVG § 39 heute
2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

## Text

### BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 154 Abs. 1 BVergG durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 154, Absatz eins, BVergG durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, entschieden:

### SPRUCH

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002, betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag für die Baggerungen im Bereich der Wasserstraßenverwaltungen West, Mitte und Ost" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, Hetzgasse 2, 1030 Wien, wird der Antrag der A\*\*\*

GmbH, vertreten durch RA X\*\*\* vom 29. Juli 2004, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibung der Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, im Vergabeverfahren "Rahmenvertrag für die Baggerungen im Bereich der Wasserstraßenverwaltungen West, Mitte und Ost" für nichtig erklären", zurückgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag für die Baggerungen im Bereich der Wasserstraßenverwaltungen West, Mitte und Ost" der Auftraggeberin Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, Hetzgasse 2, 1030 Wien, wird der Antrag der A\*\*\* GmbH, vertreten durch RA X\*\*\* vom 29. Juli 2004, "das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Ausschreibung der Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, im Vergabeverfahren "Rahmenvertrag für die Baggerungen im Bereich der Wasserstraßenverwaltungen West, Mitte und Ost" für nichtig erklären", zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 162 Abs. 2 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraph 162, Absatz 2, BVergG

#### BEGRÜNDUNG

Die A\*\*\* GmbH (in der Folge Antragstellerin), stellte am 29. Juli 2004 den im Spruch ersichtlichen Antrag.

Zur Begründung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass mit Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger vom 8. Juli 2004 ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich über einen "Rahmenvertrag für die Baggerungen im Bereich der Wasserstraßenverwaltungen West, Mitte und Ost" eingeleitet worden sei. Leistungsgegenstand seien die im Zeitraum vom 1.9.2004 bis 31.8.2005 notwendigen Nassbaggerarbeiten zur Verbesserung der Fahrrinnenverhältnisse im gesamten österreichischen Teil der Donau.

Der Leistungsgegenstand sei in drei Gebietslose (West, Mitte und Ost) aufgeteilt. Bieter könnten Angebote für ein Los, für zwei Lose oder alle drei Lose legen (Variantenangebote). Als einziges Zuschlagskriterium sei der Preis vorgesehen. Die Bieter hätten in den wesentlichen Positionen zu Einheitspreisen anzubieten.

Bekannt sei eine Grobschätzung der Baggerkubaturen. Die örtliche Lage der Baggerfelder sowie der Zeitpunkt des Bedarfs seien hingegen (noch) nicht bekannt. Der Auftraggeber werde bei Bedarf "Detailprojekte" abrufen.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf ein faires und rechtskonformes Vergabeverfahren und insbesondere auf eine rechtmäßige Ausschreibung verletzt. Ihrer Ansicht nach sei die Ausschreibung insbesondere deshalb rechtswidrig, da der Auftraggeber unkalkulierbare Risiken - insbesondere Risiken, die aus möglichen extremen Wettersituationen resultieren - auf den Auftragnehmer überwälzen würde. Es sei unmöglich, alle Anforderungen der Ausschreibung zu erfüllen und sei diese daher rechtswidrig.

Die Ausschreibung leide u.a. unter folgenden Rechtswidrigkeiten:

1. 1.) eins,

Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken:

Eine Unkalkulierbarkeit iSd § 66 Abs. 3 BVergG liege etwa auch dann vor, wenn ein Auftraggeber eine Risikozuweisung treffe, die unter Annahme eines "worst-case-Szenarios" zwar kalkulierbar wäre, deren finanzielle Auswirkungen aber kein Auftraggeber akzeptieren könnte. Würde ein Bieter die Risiken in den Preis einkalkulieren, hätte er keine Chance auf Zuschlagserteilung. Eine Bestimmung, die einem Auftragnehmer ein solches unkalkulierbares Risiko überbinde, sei vergaberechtlich und zivilrechtlich unzulässig. Eine Unkalkulierbarkeit iSd Paragraph 66, Absatz 3, BVergG liege etwa auch dann vor, wenn ein Auftraggeber eine Risikozuweisung treffe, die unter Annahme eines "worst-case-Szenarios" zwar kalkulierbar wäre, deren finanzielle Auswirkungen aber kein Auftraggeber akzeptieren könnte. Würde ein Bieter die Risiken in den Preis einkalkulieren, hätte er keine Chance auf Zuschlagserteilung. Eine Bestimmung, die einem Auftragnehmer ein solches unkalkulierbares Risiko überbinde, sei vergaberechtlich und zivilrechtlich unzulässig.

Gegen das Gebot des § 66 Abs 3 BVergG habe der Auftraggeber mehrfach verstoßen. Gegen das Gebot des Paragraph 66, Absatz 3, BVergG habe der Auftraggeber mehrfach verstoßen:

1. a) Litera a

Fehlendes Mengengerüst:

Gemäß der Ausschreibung sei lediglich eine Grobabschätzung der Baggerkubaturen für den Ausführungszeitraum bekannt. Für das tatsächliche Ausmaß der Kubaturen komme es entscheidend auf den künftigen Wasserstand der Donau (und damit auf die Wetterentwicklung) an. Es sei mit großen Abweichungen (ca. 50% bis 60%) von der derzeitigen Schätzung zu rechnen. Die Bieter seien gezwungen, die Kalkulation auf der Grobschätzung der zu baggernden Kubaturen aufzubauen und werde ihnen somit ein nicht kalkulierbares Risiko überbunden.

1. b)Litera b

Kenntnis der örtlichen Verhältnisse der Baustellenbereiche:

Gemäß § 5 (15) des Rahmenvertrages habe der Bieter verbindlich zu erklären, die örtlichen Verhältnisse aller Baustellenbereiche (Boden- und Geländeverhältnisse, Zufahrt, Strom- und Wasserversorgung, Hochwasserstände, Abwasserbeseitigung, Lagerungsmöglichkeiten, Erschwernisse für den Maschineneinsatz etc.) erkundet und in den angebotenen Preisen berücksichtigt zu haben. Auch seinen allfällige notwendige Zufahrtswege von einem Auftragnehmer auf seine Kosten herzustellen bzw. zu verstärken. Dies sei in die Preise des Angebots einzurechnen. Gemäß Paragraph 5, (15) des Rahmenvertrages habe der Bieter verbindlich zu erklären, die örtlichen Verhältnisse aller Baustellenbereiche (Boden- und Geländeverhältnisse, Zufahrt, Strom- und Wasserversorgung, Hochwasserstände, Abwasserbeseitigung, Lagerungsmöglichkeiten, Erschwernisse für den Maschineneinsatz etc.) erkundet und in den angebotenen Preisen berücksichtigt zu haben. Auch seinen allfällige notwendige Zufahrtswege von einem Auftragnehmer auf seine Kosten herzustellen bzw. zu verstärken. Dies sei in die Preise des Angebots einzurechnen.

1. c)Litera c

Finanzielle Situation des Auftraggebers:

Gemäß § 8 Abs. 8 des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber Umlanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe der finanziellen Mittel vor und zwar ohne Auswirkungen auf die angebotenen Einheitspreise. Auch mit dieser Bestimmung werde dem Bieter ein nicht kalkulierbares Risiko überbunden. Würde in der Kalkulation eine mögliche Kürzung des Bauprogramms berücksichtigt werden, so müsste der Bieter - der Höhe nach nicht abschätzbare - Aufschläge für seine Deckungsbeiträge berechnen. Gemäß Paragraph 8, Absatz 8, des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber Umlanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe der finanziellen Mittel vor und zwar ohne Auswirkungen auf die angebotenen Einheitspreise. Auch mit dieser Bestimmung werde dem Bieter ein nicht kalkulierbares Risiko überbunden. Würde in der Kalkulation eine mögliche Kürzung des Bauprogramms berücksichtigt werden, so müsste der Bieter - der Höhe nach nicht abschätzbare - Aufschläge für seine Deckungsbeiträge berechnen.

1. d)Litera d

Risiko bei "bettbildenden" Wasserständen:

Eine Veränderung des Wasserstandes der Donau könne extreme Auswirkungen auf den Aufwand haben, der zur Erreichung einer geforderten vollflächigen Baggertiefe nötig sei. In einer Hochwasserphase würden etwa Kosten für Ab- und Neuaufbau der Baustelle und für Stehzeiten anfallen. Bei Niederwasser könnten die Schiffe für den Abtransport des Materials nur noch zum Teil beladen werden. Diese Risiken würden gemäß der Ausschreibung im Wesentlichen auf einen Auftragnehmer überwältzt. Die dem Auftragnehmer verbleibenden Risiken würden ausschließlich vom Wetter - also vom Zufall - abhängen, und seien daher schlicht unkalkulierbar.

1. e)Litera e

Anordnung von Arbeitsunterbrechungen:

Diese Bestimmung gebe dem Auftraggeber ein sehr weites Ermessen und komme der Willkür sehr nahe. Es handle sich um ein Risiko, das vom Belieben des Auftraggebers abhängen und daher unkalkulierbar sei.

1. f)Litera f

Umweltauflagen:

An der Donau östlich von Wien komme es erfahrungsgemäß häufig zur Vorschreibung temporärer oder örtlicher Auflagen durch die zuständige Umweltbehörde. Dadurch könne es zu Unterbrechungen der Arbeit oder zu zusätzlichem Aufwand kommen. Auch dieses Risiko hätte ein Auftragnehmer zu tragen und sei dies unkalkulierbar.

1. 2.Ziffer 2

Unbestimmtheit der Ausschreibung:

Die Ausschreibung enthalte insbesondere hinsichtlich der Leistungsmenge, der Leistungszeitpunkte und der Leistungsorte entweder keine Angaben oder nur grobe Schätzungen. Dieser Verstoß gegen § 66 Abs. 3 BVergG führe dazu, dass ein Bieter ein konkurrenzfähiges Angebot nur unter Übernahme großer Risiken kalkulieren könne. Die Ausschreibung enthalte insbesondere hinsichtlich der Leistungsmenge, der Leistungszeitpunkte und der Leistungsorte entweder keine Angaben oder nur grobe Schätzungen. Dieser Verstoß gegen Paragraph 66, Absatz 3, BVergG führe dazu, dass ein Bieter ein konkurrenzfähiges Angebot nur unter Übernahme großer Risiken kalkulieren könne.

1. 3.Ziffer 3

Rechtswidrige Gesamtausschreibung:

Die Auftraggeberin habe den gemäß § 58 Abs. 3 BVergG bestehenden Ermessensspielraum mehrfach überschritten. Nach Ansicht der Antragstellerin hätten die WSV-Bereiche aus technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten getrennt ausgeschrieben werden müssen. Die Auftraggeberin habe den gemäß Paragraph 58, Absatz 3, BVergG bestehenden Ermessensspielraum mehrfach überschritten. Nach Ansicht der Antragstellerin hätten die WSV-Bereiche aus technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten getrennt ausgeschrieben werden müssen.

1. 4.Ziffer 4

Rechtswidrige Eignungskriterien:

In Anhang II der Ausschreibung sei festgeschrieben, welche Angaben zu den Geräten zu machen seien. Demnach seien auch die Zulassungsdaten der Geräte anzugeben, die zum Einsatz kommenden Geräte also bereits im Angebot zu individualisieren. Dies schließe die Neuanschaffung bzw. Miete von Geräten praktisch aus. In Anhang römisch zwei der Ausschreibung sei festgeschrieben, welche Angaben zu den Geräten zu machen seien. Demnach seien auch die Zulassungsdaten der Geräte anzugeben, die zum Einsatz kommenden Geräte also bereits im Angebot zu individualisieren. Dies schließe die Neuanschaffung bzw. Miete von Geräten praktisch aus.

1. 5.Ziffer 5

Falsche Preisart:

Die Ausschreibung sehe in allen wesentlichen Positionen Einheitspreise vor. Gemäß § 61 Abs. 2 BVergG dürfe aber nur dann zu Einheitspreisen ausgeschrieben werden, wenn sich eine Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd bestimmen lasse. Im vorliegenden Fall sei die Leistung dem Umfang nach aber eine reine Schätzung. Ob sich der Umfang der Leistung auch nur annähernd verwirkliche, hänge vom Wetter - und damit vom Zufall - ab. Die Leistung lasse sich also nach Umfang nicht einmal annähernd bestimmen, der Auftraggeber hätte daher Regiepreise vorsehen müssen. Die Ausschreibung sehe in allen wesentlichen Positionen Einheitspreise vor. Gemäß Paragraph 61, Absatz 2, BVergG dürfe aber nur dann zu Einheitspreisen ausgeschrieben werden, wenn sich eine Leistung nach Art und Güte genau, nach Umfang zumindest annähernd bestimmen lasse. Im vorliegenden Fall sei die Leistung dem Umfang nach aber eine reine Schätzung. Ob sich der Umfang der Leistung auch nur annähernd verwirkliche, hänge vom Wetter - und damit vom Zufall - ab. Die Leistung lasse sich also nach Umfang nicht einmal annähernd bestimmen, der Auftraggeber hätte daher Regiepreise vorsehen müssen

1. 6.Ziffer 6

Unzulässige Abweichung von geeigneten Leitlinien:

Die ÖNORM B 2110 regle in Punkt 5.24.6 (20%-Klausel) die Ansprüche des Auftragnehmers bei Änderung oder Entfall von Leistungen. Eine solche Regelung finde sich jedoch in der gegenständlichen Ausschreibung nicht, wodurch gegen § 80 Abs. 2 BVergG verstoßen worden sei. Die ÖNORM B 2110 regle in Punkt 5.24.6 (20%-Klausel) die Ansprüche des Auftragnehmers bei Änderung oder Entfall von Leistungen. Eine solche Regelung finde sich jedoch in der gegenständlichen Ausschreibung nicht, wodurch gegen Paragraph 80, Absatz 2, BVergG verstoßen worden sei.

1. 7.Ziffer 7

Falsches Vergabeverfahren:

Die Ausschreibung hätte als Verhandlungsverfahren erfolgen müssen. Gemäß § 25 Abs. 3 Z 3 BVergG könnten (müssten) Bauaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn es

sich um Bauaufträge handle, deren Eigenheit eine globale Preisgestaltung nicht ermögliche, oder bei denen die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche verhindere. Im vorliegenden Fall würden die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche globale Preisgestaltung verhindern. Dies habe zur Folge, dass die Angebote von unterschiedlichen Voraussetzungen ausgehen würden und damit nicht vergleichbar seien. Die Ausschreibung hätte als Verhandlungsverfahren erfolgen müssen. Gemäß Paragraph 25, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG könnten (müssten) Bauaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn es sich um Bauaufträge handle, deren Eigenheit eine globale Preisgestaltung nicht ermögliche, oder bei denen die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche verhindere. Im vorliegenden Fall würden die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche globale Preisgestaltung verhindern. Dies habe zur Folge, dass die Angebote von unterschiedlichen Voraussetzungen ausgehen würden und damit nicht vergleichbar seien.

In einer Stellungnahme vom 12. August 2004 brachte die Antragstellerin weiters vor, dass sie von einer Aufforderung zur Berichtigung der Ausschreibung gemäß § 81 Abs. 5 BVergG deshalb abgesehen habe, da ein großer Teil der Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung durch eine Berichtigung nicht sanierbar gewesen wäre. So könne etwa die gewählte Gesamtvergabe nicht durch eine Ausschreibungsberichtigung saniert werden. Substanzielle Änderungen der Ausschreibungsbedingungen würden wohl zum Abbruch des laufenden Verfahrens und zu einer neuen Ausschreibung führen müssen. Selbst wenn die Antragstellerin eine Obliegenheit im Sinne des § 81 Abs 5 leg.cit. verletzt hätte, wäre dies nicht sanktioniert. In einer Stellungnahme vom 12. August 2004 brachte die Antragstellerin weiters vor, dass sie von einer Aufforderung zur Berichtigung der Ausschreibung gemäß Paragraph 81, Absatz 5, BVergG deshalb abgesehen habe, da ein großer Teil der Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung durch eine Berichtigung nicht sanierbar gewesen wäre. So könne etwa die gewählte Gesamtvergabe nicht durch eine Ausschreibungsberichtigung saniert werden. Substanzielle Änderungen der Ausschreibungsbedingungen würden wohl zum Abbruch des laufenden Verfahrens und zu einer neuen Ausschreibung führen müssen. Selbst wenn die Antragstellerin eine Obliegenheit im Sinne des Paragraph 81, Absatz 5, leg.cit. verletzt hätte, wäre dies nicht sanktioniert.

Richtig sei, dass über den Umfang der erforderlichen Baggerarbeiten Erfahrungswerte existieren würden und es sei auch anzunehmen, dass der Auftraggeber die Grobschätzung der Baggerkubaturen auf Basis seiner Erfahrungen vorgenommen habe. Es handle sich hiebei um Durchschnittswerte der vergangenen Jahre und Jahrzehnte. Diese seien jedoch gerade in den letzten Jahren bedeutend unter- bzw. überschritten worden. Ob diese Werte auch im Ausführungszeitraum auch nur annähernd erreicht würden, hänge vom Wasserstand der Donau, also vom Wetter und damit vom Zufall, ab. In einem Ausführungszeitraum von 12 Monaten könne man nicht annehmen, dass sich die Bedarfsspitzen ungefähr ausgleichen und der statistische Durchschnitt der vergangenen Jahre erreicht werde. Selbst für den Fall, dass die Kubaturabschätzung des Auftraggebers zutreffen sollte, wäre für den Bieter eine Kalkulation nur unter Übernahme bedeutender Risiken möglich. So habe der Auftraggeber Einheitspreise pro m<sup>3</sup> vorgesehen. Der Aufwand für die Baggerung von 1 m<sup>3</sup> hänge jedoch vom Ausmaß der Baggervorlagen ab. Bei einer Baggervorlage von 1 dm benötige der Auftragnehmer für die Baggerung von 1 m<sup>3</sup> Material ca. den fünffachen Aufwand wie bei einer Baggervorlage von 5 dm.

Unrichtig sei die Ansicht des Auftraggebers, dass bei einer Einzelausschreibung das Risiko für Bieter deutlich größer sei als bei der gegenständlichen Ausschreibung. Es sei nicht zwingend so, dass zwischen der Feststellung des konkreten Bedarfs und der Leistungserbringung mehrere Monate vergehen würden, wie dies von der Auftraggeberin vorgebracht worden sei. Die Vorbereitung einer solchen Ausschreibung könne bei ausreichender Erfahrung in wenigen Tagen bewerkstelligt werden. Auch könne die Regelangebotsfrist bei Dringlichkeit verkürzt werden und ein derartiges Vergabeverfahren in einem Monat abgewickelt werden. Damit wären die Risiken für den Auftragnehmer geringer. Zusätzlich könne der Auftraggeber im Falle einer Einzelausschreibung das Risiko für den Auftragnehmer durch ausreichende Regeln zur Risikotragung minimieren. Die Risikotragung bei Hochwasser sei höchst unvollständig. Die Risiken bei Mittelwasser + 2 Meter sowie bei Niederwasser hätte der Auftragnehmer überhaupt zur Gänze zu tragen. Es sei richtig, dass über die Häufigkeit von Niederwasser Erfahrungswerte existieren würden. Dabei handle es sich aber lediglich um Durchschnittswerte der letzten Jahre. Eine Vorhersage, ob im Ausführungszeitraum Niederwasser eintreten werde oder nicht, sei unmöglich. Gemäß dem langjährigen Durchschnitt wäre im Ausführungszeitraum Niederwasser von einigen Tagen zu erwarten; im Jahr 2003 hingegen dauerte das extreme Niederwasser jedoch über mehr als 8 Wochen lang an.

Die Orts- und Fachkundigkeit eines Unternehmers könne für die Rechtmäßigkeit einer Ausschreibung nicht relevant sein.

Ein weiteres unkalkulierbares Risiko sei nach Ansicht der Antragstellerin darin zu erblicken, dass sich der Auftraggeber vorbehalte, das Bauprogramm zu kürzen. Dies bedeute, dass dann eben nicht alle erforderlichen Arbeiten beauftragt würden. Dadurch könnten sich durchaus bedeutende Mengenänderungen ergeben.

Wenn der Auftraggeber darlege, dass die Einheitspreise aufgrund der tatsächlichen Abrechnungsmodalitäten "wie Regiepreise zu werten" seien, so sei dies nicht nachvollziehbar. Bei Einheitspreisen erfolge die Vergütung nach der Menge der erbrachten Leistung. Das Ausmaß der Vergütung steige bzw. falle linear mit der jeweils geleisteten Menge. Bei einer Abrechnung zu Regiepreisen ergebe sich das tatsächliche Ausmaß der Vergütung aus dem tatsächlichen Aufwand des einzelnen Produktionsmittels und den vereinbarten Preisen. Eine Ausschreibung zu Regiepreisen hätte den Vorteil einer besseren Kalkulierbarkeit des Angebots.

Auflagen durch die Umweltbehörden seien unvorhersehbar; Abhilfe könne nur durch eine Übernahme dieses Risikos durch den Auftraggeber geschaffen werden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 26.8.2004 führte die Antragstellerin u.a. aus, dass die Ausschreibung des WSA-Regensburg - im Gegensatz zur vorliegenden Ausschreibung - Regeln betreffend die Risikotragung bei allfälligen Mengenänderung enthalte. Auch die ÖNORM B 2110 enthalte eine solche Regelung. Die ÖNORM B 2110 gelte nach den Bestimmungen der Ausschreibung lediglich subsidiär nach den Bestimmungen des Vertrages, der Ausschreibung und des HBG sowie des ABGB. Damit bliebe ihr praktisch kein Anwendungsbereich. Es sei unverständlich, dass der Auftraggeber gerade in der vorliegenden Ausschreibung, die eine Unzahl von Risiken berge, keine derartige Regelung aufgenommen habe.

Resümee:

Eine andere Gestaltung der Ausschreibung hätte zu anderen Angeboten und in der Folge zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens geführt. Damit liege ein wesentlicher Einfluss auf das Vergabeverfahren iSd § 174 Abs 1 Z 2 BVergG vor. Eine andere Gestaltung der Ausschreibung hätte zu anderen Angeboten und in der Folge zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens geführt. Damit liege ein wesentlicher Einfluss auf das Vergabeverfahren iSd Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor.

Die Auftraggeberin erstattete am 27. Juli 2004 eine Stellungnahme, in der sie u.a. ausführte, dass der geschätzte Auftragswert bei ca. Euro 2 Mio. netto liege. In einer Stellungnahme vom 9. August 2004 brachte die Auftraggeberin weiters vor, dass eine Anfechtbarkeit i. S.d. § 163 BVergG einen finalen Charakter der angefochtenen Entscheidung voraussetze. Ein solcher liege nur dann vor, wenn der Auftraggeber eine von ihm getroffene Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in zulässiger Weise verändern dürfe. Erst dann sei die Entscheidung in Bestand erwachsen und geeignet, dem Bieter einen Schaden zu verursachen. Gemäß § 81 Abs 5 leg.cit. habe ein Unternehmer, der eine Berichtigung der Ausschreibung für erforderlich halte, dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Die Antragstellerin habe jedoch keine Berichtigungsforderungen i.S.d. § 81 Abs 5 leg.cit. an den Auftraggeber gerichtet. Dies stelle jedenfalls eine Obliegenheitsverletzung dar und werde vom Bundesvergabeamt zu bewerten sein. Ihrer Ansicht nach wäre ein nicht unerheblicher Teil der Beschwerdepunkte entweder im Rahmen von Bieteranfragen aufklärbar bzw einer Berichtigung zugänglich gewesen; deshalb seien die Anträge wegen mangelnden rechtlichen Interesses zurückzuweisen. Lediglich in den Beschwerdepunkten, in denen die Auftraggeberin von ihren Festlegungen nicht abgehe, seien die Anträge als zulässig anzusehen. Die Auftraggeberin erstattete am 27. Juli 2004 eine Stellungnahme, in der sie u.a. ausführte, dass der geschätzte Auftragswert bei ca. Euro 2 Mio. netto liege. In einer Stellungnahme vom 9. August 2004 brachte die Auftraggeberin weiters vor, dass eine Anfechtbarkeit i. S.d. Paragraph 163, BVergG einen finalen Charakter der angefochtenen Entscheidung voraussetze. Ein solcher liege nur dann vor, wenn der Auftraggeber eine von ihm getroffene Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in zulässiger Weise verändern dürfe. Erst dann sei die Entscheidung in Bestand erwachsen und geeignet, dem Bieter einen Schaden zu verursachen. Gemäß Paragraph 81, Absatz 5, leg.cit. habe ein Unternehmer, der eine Berichtigung der Ausschreibung für erforderlich halte, dies umgehend dem Auftraggeber mitzuteilen. Die Antragstellerin habe jedoch keine Berichtigungsforderungen i.S.d. Paragraph 81, Absatz 5, leg.cit. an den Auftraggeber gerichtet. Dies stelle jedenfalls eine Obliegenheitsverletzung dar und werde vom Bundesvergabeamt zu bewerten sein. Ihrer Ansicht nach wäre ein nicht unerheblicher Teil der Beschwerdepunkte entweder im Rahmen von Bieteranfragen aufklärbar bzw

einer Berichtigung zugänglich gewesen; deshalb seien die Anträge wegen mangelnden rechtlichen Interesses zurückzuweisen. Lediglich in den Beschwerdepunkten, in denen die Auftraggeberin von ihren Festlegungen nicht abgehe, seien die Anträge als zulässig anzusehen.

Richtig sei, dass die lokale Entwicklung der Sohle, speziell in den einzelnen Furten, nicht vorhersehbar sei. Über längere Strecken und längere Zeiträume könne jedoch das Verhalten der Flusssohle sehr wohl prognostiziert und kalkuliert werden; dies im Sinne einer statistischen Vorgangsweise und auf Basis der Erfahrungen der letzten Jahre. Die Geschiebeführung hänge wesentlich von der Wasserführung ab und sei daher nicht kurzfristig vorhersehbar; langfristig jedoch, im Sinne einer statistischen Vorgangsweise, jedoch sehr wohl kalkulierbar. Über längere Strecken und Zeiträume könnten Erwartungswerte für die Baggermengen und die Zahl der kritischen Furten (=Detailprojekte) angegeben werden. Die Unschärfe liege nicht an der Vorgangsweise der Auftraggeberin, sondern gründe sich in der Art der auszuschreibenden Leistung. Diese grundsätzliche Unschärfe bei der Mengenermittlung habe auch schon bei den bisherigen Ausschreibungen bestanden, die Risiken seien von den Bietern aber eingepreist worden. Das Risiko für die Bieter sei bei den vorangegangenen Einzelausschreibungen deutlich größer gewesen als bei der gegenständlichen Gesamtausschreibung. Der Zeitraum zwischen Projekterstellung - einschließlich Ausschreibung und Vergabe - und der konkreten Leistungserfüllung, umfasse nach ihren Erfahrungen mehrere Monate. Die vorliegende Ausschreibung sei daher so konzipiert worden, dass durch die Zugrundelegung größerer Strecken und längerer Zeiträume die Unschärfen minimiert würden. Weiters sei darauf hinzuweisen, dass die Donau ständig ihre Sohle umforme. Größere Zeiträume zwischen der Bekanntgabe der Arbeit und der eigentlichen Baggerung würden somit das Risiko erhöhen, von veralteten Informationen auszugehen.

Auch sei die Kalkulierbarkeit für die Bieter sehr wohl gegeben. Zusage der Ausschreibung habe der Auftragnehmer alle im Vertragszeitraum im jeweiligen Abschnitt erforderlichen Baggerungsarbeiten auszuführen. Festgelegt würde im Rahmenvertrag somit die Bezugsdauer von Leistungen, nicht aber deren konkreter Umfang. Alle Bieter würden über spezielle Erfahrungen verfügen, die ihnen die Kalkulation der Angebotspreise ermögliche.

Gemäß § 8 Abs. 8 des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber Umlanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe seiner finanziellen Mittel vor. Damit würde einem Bieter nur dann ein unkalkulierbares Risiko überbunden werden, wenn ein konkreter Leistungsumfang durch diesen Vorbehalt im Nachhinein wesentlich verändert würde. Im Rahmenvertrag sei jedoch nur die Leistungszeit, nicht jedoch der Leistungsumfang angegeben. Grundsätzlich habe der künftige Auftragnehmer einen Rechtsanspruch auf die Vornahme aller im jeweiligen Abschnitt anfallenden erforderlichen Baggerleistungen. Gemäß Paragraph 8, Absatz 8, des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber Umlanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe seiner finanziellen Mittel vor. Damit würde einem Bieter nur dann ein unkalkulierbares Risiko überbunden werden, wenn ein konkreter Leistungsumfang durch diesen Vorbehalt im Nachhinein wesentlich verändert würde. Im Rahmenvertrag sei jedoch nur die Leistungszeit, nicht jedoch der Leistungsumfang angegeben. Grundsätzlich habe der künftige Auftragnehmer einen Rechtsanspruch auf die Vornahme aller im jeweiligen Abschnitt anfallenden erforderlichen Baggerleistungen.

Sollten aus witterungsbedingten Gründen Mehrleistungen erforderlich werden, müsse der Auftraggeber die Möglichkeit haben, seine begrenzten finanziellen Mittel dort einzusetzen, wo die Baggerungsarbeiten zwingend erforderlich seien (Schwerpunktsetzung aus zwingenden Gründen).

Die Bezeichnung "Einheitspreise" sei gewählt worden, da sie die Abrechnung von Leistungseinheiten zum Gegenstand hätten. Dem Grunde nach handle es sich aber um "Regiepreise".

Es werde nach Laderaumausmaß bzw. Tauchtiefe (= tatsächliche Baggermenge) verrechnet. Dies bedeute, dass während der Bauzeit eingetragenes Geschiebe nicht zu Lasten des Auftragnehmers, sondern zu Lasten des Auftraggebers gehe. Der Aufwand für das Verstellen des Geräts sei in die Einheitspreise für das Baggern einzurechnen und werde daher über diese Position vergütet. Richtig sei, dass sich bei Niederwasser die Kapazität der Geräte verringere. Die Häufigkeit von Niederwasser könne jedoch klar abgeschätzt und in die Einheitspreise eingerechnet werden. Gleiches gelte für die Risikotragung bei Hochwasser. Man könne also nicht von einer Risikoabwälzung an den Auftragnehmer sprechen.

Temporäre oder örtliche Umweltauflagen seien vorhersehbar. Sie könnten nicht willkürlich, sondern nur auf Basis wasserrechtlicher, naturschutzrechtlicher und gegebenenfalls schiffahrtsrechtlicher Bestimmungen entstehen. Ein fachkundiger Baggerunternehmer müsse mit den rechtlichen Rahmenbedingungen und Konsequenzen vertraut sein.

Zu den Eignungskriterien merkte die Auftraggeberin an, dass die Ausschreibung in Übereinstimmung mit § 57 Abs 2 Z 3 BVerG stehe. Es sollten nur solche Unternehmen beauftragt werden, die die Leistung tatsächlich erbringen könnten. Die einzusetzenden Geräte könnten natürlich auch gekauft oder angemietet werden bzw. über Bietergemeinschaften verfügbar gemacht werden. Bei allfälligen Unklarheiten sei der Auftraggeber zur Aufklärung bereit. Es werde diesbezüglich eine Berichtigung bzw. Ergänzung der Ausschreibung vorgeschlagen. Zu den Eignungskriterien merkte die Auftraggeberin an, dass die Ausschreibung in Übereinstimmung mit Paragraph 57, Absatz 2, Ziffer 3, BVerG stehe. Es sollten nur solche Unternehmen beauftragt werden, die die Leistung tatsächlich erbringen könnten. Die einzusetzenden Geräte könnten natürlich auch gekauft oder angemietet werden bzw. über Bietergemeinschaften verfügbar gemacht werden. Bei allfälligen Unklarheiten sei der Auftraggeber zur Aufklärung bereit. Es werde diesbezüglich eine Berichtigung bzw. Ergänzung der Ausschreibung vorgeschlagen.

Zum Vorwurf der Antragstellerin, es sei eine falsche Preisart gewählt worden, werde entgegnet, dass die Leistung des Baggerns, Verführens bzw. Wiedereinbauens nach Art und Güte genau und nach dem Umfang zumindest annähernd bestimmt sei bzw. beschrieben werden könne. Auch bei einer Ausschreibung zu Regiepreisen wären die Risiken für Anbieter nicht geringer. Auch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens an Stelle eines offenen Verfahrens würde keine Veränderung der kalkulatorischen Rahmenbedingungen mit sich bringen.

Mit Schriftsatz vom 1. September 2004 brachte die Auftraggeberin weiters vor, dass die Geltung der ÖNORM B 2110 im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung in Punkt E 1. (§2 des Rahmenvertrages) geregelt sei und daher das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin ins Leere gehe.

Aufgrund der Vorbringen der Antragstellerin, der Auftraggeberin sowie den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 17. August 2004, wurde folgender maßgeblicher Sachverhalt festgestellt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 8. Juli 2004 im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip; Alternativangebote sind ausgeschlossen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 9. August 2004 festgelegt. Verfahrensgegenstand sind Nassbaggerarbeiten in der Schifffahrtsrinne, in Häfen, in Hafeneinfahrten, in Ländenbereichen und in Nebenarmen der Wasserstraße Donau im gesamten österreichischen Streckenabschnitt (einschließlich Wiener Donaukanal).

Eine Aufteilung in Lose ist vorgesehen; Angebote sind zulässig für ein Los, für mehrere Lose oder alle Lose (Variantenangebote).

Das Los "A" betrifft Nassbaggerarbeiten im Bereich der WSV West (Stromkilometer 2223,25 bis 2093,65). Dem Umfang nach handelt es sich um rund 150.000 m<sup>3</sup> Kies und Feinsediment. Es können bis zu 20 Detailprojekte abgerufen werden.

Los "B" betrifft Nassbaggerarbeiten im Bereich der WSV Mitte (Stromkilometer 2093,65 bis 1948,35); dem Umfang nach handelt es sich auch hierbei um rund 150.000 m<sup>3</sup> Kies und Feinsediment. Es können bis zu 10 Detailprojekte abgerufen werden.

Los "C" betrifft Nassbaggerarbeiten im Bereich der WSV Ost (Stromkilometer 1948,35 bis 1862,70) einschließlich des Wiener Donaukanals. Dem Umfang nach handelt es sich um rund 200.000 m<sup>3</sup> Kies und Feinsediment. Es können bis zu 10 Detailprojekte abgerufen werden.

Es soll ein Rahmenvertrag für die Dauer eines Jahres abgeschlossen werden. Die genaue örtliche Lage der Baggerfelder war zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht hinreichend bekannt (siehe auch die diesbezügliche Aussage von Mag. Martin D\*\*\* im Rahmen der mündlichen Verhandlung).

Die Schätzung der Menge des zu baggernden Materials beruht auf Erfahrungswerten der Auftraggeberin; konkret sind der Ausschreibung die Mittelwerte der letzten Jahre zugrunde gelegt worden. In einem "normalen" Jahr fallen nach Angaben von DI B\*\*\* und Ing. C\*\*\* - in allen 3 Abschnitten zusammen - ca. 600.000 m<sup>3</sup> an zu baggernden Kubaturen an. Die Auftraggeberin nimmt nach eigenen Angaben zwei Mal jährlich (Herbst und Frühjahr) Querprofile in den Fließstrecken auf. Darüber hinaus wird die Donau ein Mal pro Monat befahren, um Seichtstellen festzustellen; auch

diese Befahrungen dienen der Kubaturabschätzung. Nach Angaben von DI B\*\*\* und Ing. C\*\*\* wurden in den vorangegangenen Jahren die ausgeschriebenen Kubaturen jeweils zumindest erreicht; dies in Abhängigkeit von der jeweiligen Wasserführung.

Den Annahmen der Ausschreibung liegt "mittlere Wasserführung" zu Grunde. Die Zeit für Hochwässer lässt sich voraussagen, nicht jedoch das Ausmaß. Die Abweichungen der Baggerkubaturen bei Niederwasser sind nicht abschätzbar, aber jedenfalls nicht signifikant (siehe die diesbezüglichen Aussagen von DI B\*\*\* und Ing. C\*\*\* in der mündlichen Verhandlung). Bei Niederwasser ist die Dringlichkeit der Baggerungen größer und muss daher zur Sicherung der Fahrwassertiefe von 2,5 m eventuell eine zweite Baggergarnitur zum Einsatz gebracht werden.

In allen Fliesstrecken ist damit zu rechnen, dass 2 dm abzubaggern sind. Laut Angaben des DI B\*\*\* im Rahmen der mündlichen Verhandlung ist nicht auszuschließen, dass sich - aufgrund der Regulierungen und der Wasserführungen - die regulierten Furten stabil halten und damit nicht gebaggert werden muss. Dass aber überhaupt nicht gebaggert werden müsse, ist nach Aussage von DI B\*\*\* "mehr als unwahrscheinlich".

Nach Angaben des DI B\*\*\* und des Ing. C\*\*\* können Abweichungen von der Kubaturschätzung, die in einem Zeitraum von einem Jahr auftreten können, nicht abgeschätzt werden. Angaben, wann, wo und welche Mengen (+/- 5% bis 10% zur ausgeschriebenen Kubatur) effektiv zu baggern sein werden, können nicht gemacht werden.

Gemäß Punkt A. der Ausschreibungsunterlagen hat ein Auftragnehmer keinen Rechtsanspruch auf die vollständige Ausschöpfung der ausgeschriebenen Baggerkubaturen. Diese Bestimmung wurde deshalb in die Ausschreibung aufgenommen, da über einen Zeitraum von einem Jahr nicht garantiert werden kann, dass "die ausgeschriebene Kubatur bis zum letzten m<sup>3</sup> ausgeschöpft werden kann" (siehe die diesbezüglichen Aussagen von Mag. D\*\*\* in der mündlichen Verhandlung).

Vom Auftraggeber wird eine Mindestbaggertiefe vorgegeben, die vollflächig und sicher zu gewährleisten ist. Die zu erwartenden Baggervorlagen sind teilweise sehr gering (etwa 2 dm). Überbaggerungen im Ausmaß von mehr als 3 dm sind unzulässig. Auch müssen Sohlunebenheiten eingeebnet werden können. Da nach Ansicht der Auftraggeberin - gestützt auf eine "Stellungnahme" der E\*\*\* Gesellschaft mbH betreffend ein früheres Vergabeverfahren - die geforderte Baggergenauigkeit mit Seil- und Greifbagger nicht erreicht werden kann, wurde der Einsatz dieser Geräte ausgeschlossen.

Die Leistungsfähigkeit der Geräte muss ausreichen, eine Mindestmenge von 8.000 m<sup>3</sup>/Woche je WSV-Bereich zu baggern und wieder einzubauen.

Dem Angebot ist eine detaillierte Geräteliste (Tabellen Anhang II) mit Angabe der Art und Ausstattung der Geräte und ihren wesentlichen technischen Kenngrößen beizufügen. Die Auftraggeberin erklärte sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung jedoch bereit, die Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt zu "berichtigen". Dem Angebot ist eine detaillierte Geräteliste (Tabellen Anhang römisch zwei) mit Angabe der Art und Ausstattung der Geräte und ihren wesentlichen technischen Kenngrößen beizufügen. Die Auftraggeberin erklärte sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung jedoch bereit, die Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt zu "berichtigen".

Gemäß den Bestimmungen des Rahmenvertrages gelten als Vertragsgrundlagen in nachstehender Reihenfolge:

- -Strichaufzählung  
die Bestimmungen dieses Vertrages (Allg. und Bes. Vertragsbestimmungen)
- -Strichaufzählung  
die Ausschreibungsunterlagen
- -Strichaufzählung  
das Angebot
- -Strichaufzählung  
HGB und ABGB
- -Strichaufzählung  
sonstige bezug habende Gesetze, Verordnungen und Normen, insbes. die Bestimmungen des BVergG 2002, der ÖNORM A 2060, B 2061, B 2110, B 2111, B 2205 und sonstige einschlägige Normen

Gemäß § 5 Abs. 15 Rahmenvertrag müssen die Bieter verbindlich erklären, die örtlichen Verhältnisse aller

Baustellenbereiche (Boden- und Geländeverhältnisse, Zufahrt, Hochwasserstände, Abwasserbeseitigung, Lagerungsmöglichkeiten etc.) erkundet und in den angebotenen Preisen berücksichtigt zu haben. Allfällig notwendige Zufahrtswege sind vom Auftragnehmer auf seine Kosten herzustellen und instand zu halten. Maßnahmen die zur Verstärkung der Verkehrswege und Brücken erforderlich sind, sind in die Angebotspreise einzurechnen. Gemäß Paragraph 5, Absatz 15, Rahmenvertrag müssen die Bieter verbindlich erklären, die örtlichen Verhältnisse aller Baustellenbereiche (Boden- und Geländeverhältnisse, Zufahrt, Hochwasserstände, Abwasserbeseitigung, Lagerungsmöglichkeiten etc.) erkundet und in den angebotenen Preisen berücksichtigt zu haben. Allfällig notwendige Zufahrtswege sind vom Auftragnehmer auf seine Kosten herzustellen und instand zu halten. Maßnahmen die zur Verstärkung der Verkehrswege und Brücken erforderlich sind, sind in die Angebotspreise einzurechnen.

Gemäß § 8 Abs. 3 des Rahmenvertrages behält sich der Auftraggeber die Anordnung von Arbeitsunterbrechungen, die infolge technischer Gegebenheiten, aus Gründen der zweckmäßigen Bauführung sowie witterungsbedingt notwendig werden, vor, wenn nach seiner Ansicht die Güte der Arbeit leidet. Hiefür wird keine Entschädigung geleistet. Gemäß Paragraph 8, Absatz 3, des Rahmenvertrages behält sich der Auftraggeber die Anordnung von Arbeitsunterbrechungen, die infolge technischer Gegebenheiten, aus Gründen der zweckmäßigen Bauführung sowie witterungsbedingt notwendig werden, vor, wenn nach seiner Ansicht die Güte der Arbeit leidet. Hiefür wird keine Entschädigung geleistet.

Gemäß § 8 Abs. 8 des Rahmenvertrages behält sich der Auftraggeber Umplanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe der finanziellen Mittel vor. Die angebotenen Einheitspreise erfahren dadurch keine Änderung. Gemäß Paragraph 8, Absatz 8, des Rahmenvertrages behält sich der Auftraggeber Umplanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe der finanziellen Mittel vor. Die angebotenen Einheitspreise erfahren dadurch keine Änderung.

Nach § 12 des Rahmenvertrages erfolgt bei Hochwässern ab einer bestimmten Größe eine teilweise Risikoübernahme durch den Auftraggeber. Schäden, die bei Wasserständen auf Höhe bzw. unterhalb des Risikowasserstandes auftreten, werden vom Auftraggeber nicht übernommen. Sie sind vom Auftragnehmer ohne gesonderte Vergütung zu beseitigen; derartige Kosten sind in die Preise einzurechnen. Nach Paragraph 12, des Rahmenvertrages erfolgt bei Hochwässern ab einer bestimmten Größe eine teilweise Risikoübernahme durch den Auftraggeber. Schäden, die bei Wasserständen auf Höhe bzw. unterhalb des Risikowasserstandes auftreten, werden vom Auftraggeber nicht übernommen. Sie sind vom Auftragnehmer ohne gesonderte Vergütung zu beseitigen; derartige Kosten sind in die Preise einzurechnen.

Hydrologisch bedingte Stillliegezeiten (durch Hoch- oder Niederwasser) sind in die Einheitspreise einzurechnen; sie werden nicht gesondert vergütet. Allfällig erforderliche Baustellenzufahrten sind durch den Auftragnehmer im Einvernehmen mit dem Grundeigentümer herzustellen. Behördliche Bewilligungen sind vom Auftragnehmer einzuholen. Schifffahrtskundmachungen sind 14 Tage vor Beginn eines Detailprojekts vom Auftragnehmer bei der Schifffahrtspolizei zu beantragen.

Die Abrechnung der Nassbaggerarbeiten erfolgt nach Schutenaufmaß/m<sup>3</sup> laut Laderaumtabelle. Die bei der Ausführung der Arbeiten gewonnenen Materialien bleiben im Eigentum der Wasserstraßendirektion.

Die (wesentlichen) Positionen 3, 4, und 6 sind nach Einheitspreisen anzubieten und abzurechnen.

Die budgetäre Bedeckung des Auftrages ist nach Angaben von DI B\*\*\* gegeben.

Der Ablauf der Angebotsfrist war ursprünglich mit 9. August 2004 festgelegt. Aufgrund von - beim Bundesvergabeamt anhängigen Nachprüfungsverfahren - wurde der Ablauf der Angebotsfrist schlussendlich auf den 9. Oktober 2004 erstreckt. Dies wurde auch im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. September 2004, GZ. 15N- 69/04-21, wurde die gegenständliche Ausschreibung für nichtig erklärt.

Rechtliche Würdigung:

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

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG. Dem

Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. Euro 2 Mio. netto; es handelt sich daher gemäß § 9 Abs. 2 leg.cit um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Das Bundesvergabeamt ist zur Behandlung der Anträge zuständig. Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Dem Vergabeverfahren liegt ein Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zugrunde. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. Euro 2 Mio. netto; es handelt sich daher gemäß Paragraph 9, Absatz 2, leg.cit um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Das Bundesvergabeamt ist zur Behandlung der Anträge zuständig.

Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung wurde am 29. Juli 2004, sohin innerhalb der Frist des § 169 Abs. 2 Z 1 lit. a BVergG, gestellt und ist daher rechtzeitig. Die Verständigung des Auftraggebers von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd § 163 Abs 2 BVergG wurde mit Fax vom 29. Juli 2004 übermittelt. Gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG ist die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet und es sind auch sonst keine Gründe einer Unzulässigkeit iSd § 166 Abs. 2 BVergG hervorgekommen. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung wurde am 29. Juli 2004, sohin innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG, gestellt und ist daher rechtzeitig. Die Verständigung des Auftraggebers von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG wurde mit Fax vom 29. Juli 2004 übermittelt. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG ist die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet und es sind auch sonst keine Gründe einer Unzulässigkeit iSd Paragraph 166, Absatz 2, BVergG hervorgekommen.

Wenn die Auftraggeberin vermeint, dass die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages iSd § 163 BVergG voraussetze, dass der Auftraggeber eine von ihm getroffene Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in zulässiger Weise abändern können dürfe, und dem Bieter erst damit ein Schaden entstehen könne, so ist darauf hinzuweisen, dass im offenen Verfahren ein Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden muss (§ 169 Abs. 2 Z 1 lit.a BVergG). Eine Berichtigung der Ausschreibung durch den Auftraggeber gemäß 78 Abs. 1 leg.cit. ist hingegen bis zum Ablauf der Angebotsfrist möglich. Ein potentieller Bieter hat grundsätzlich von der Ausschreibung in der Form auszugehen, in der sie vorliegt. Ein Bieter würde sich seiner Rechte begeben, verlasse er sich auf eine - nicht in seinem Einflussbereich stehende - Berichtigung der Ausschreibung durch den Auftraggeber. So kann einem Bieter beispielsweise auch nicht zugemutet werden, auf Grundlage von - seiner Meinung nach diskriminierenden Bestimmungen in der Ausschreibung - ein Angebot zu legen (in diesem Sinne auch das Urteil des EuGH vom 12.2.2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Rn 28f). Würde ein Bieter nicht bis spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gegen eine seiner Meinung nach rechtswidrige Ausschreibung durch Stellen eines Nachprüfungsantrages vorgehen, würde der Ausschreibungsinhalt bestandfest und damit unangreifbare Grundlage des Vergabeverfahrens (Präklusionswirkung). Wenn die Auftraggeberin vermeint, dass die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages iSd Paragraph 163, BVergG voraussetze, dass der Auftraggeber eine von ihm getroffene Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr in zulässiger Weise abändern können dürfe, und dem Bieter erst damit ein Schaden entstehen könne, so ist darauf hinzuweisen, dass im offenen Verfahren ein Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden muss (Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG). Eine Berichtigung der Ausschreibung durch den Auftraggeber gemäß 78 Absatz eins, leg.cit. ist hingegen bis zum Ablauf der Angebotsfrist möglich. Ein potentieller Bieter hat grundsätzlich von der Ausschreibung in der Form auszugehen, in der sie vorliegt. Ein Bieter würde sich seiner Rechte begeben, verlasse er sich auf eine - nicht in seinem Einflussbereich stehende - Berichtigung der Ausschreibung durch den Auftraggeber. So kann einem Bieter beispielsweise auch nicht zugemutet werden, auf Grundlage von - seiner Meinung nach diskriminierenden Bestimmungen in der Ausschreibung - ein Angebot zu legen (in diesem Sinne auch das Urteil des EuGH vom 12.2.2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Rn 28f). Würde ein Bieter nicht bis spätestens 10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist gegen eine seiner Meinung nach rechtswidrige Ausschreibung durch Stellen eines Nachprüfungsantrages vorgehen, würde der Ausschreibungsinhalt bestandfest und damit unangreifbare Grundlage des Vergabeverfahrens (Präklusionswirkung).

Die Verletzung der Mitteilungspflicht nach § 81 Abs. 5 BVergG stellt eine bloße, vom Gesetzgeber nicht sanktionierte, Obliegenheitsverletzung dar. Der Verlust des Rechtes, einen Nachprüfungsantrag auf Nichtigklärung der

Ausschreibung beim Bundesvergabeamt einzubringen, ist mit der Verletzung dieser Rügepflicht nicht verbunden. Im Übrigen ist dem Gesetz keine Bestimmung des Inhalts zu entnehmen, wonach die Verpflichtung des Auftraggebers zur Vornahme einer allfälligen Ausschreibungsberichtigung iSd § 78 Abs. 1 erst und nur aufgrund einer hiezu ergangenen Aufforderung durch den Unternehmer nach § 81 Abs. 5 leg.cit. bestünde. Der vorliegende Antrag ist daher zulässig. Die Verletzung der Mitteilungspflicht nach Paragraph 81, Absatz 5, BVergG stellt eine bloße, vom Gesetzgeber nicht sanktionierte, Obliegenheitsverletzung dar. Der Verlust des Rechtes, einen Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung beim Bundesvergabeamt einzubringen, ist mit der Verletzung dieser Rügepflicht nicht verbunden. Im Übrigen ist dem Gesetz keine Bestimmung des Inhalts zu entnehmen, wonach die Verpflichtung des Auftraggebers zur Vornahme einer allfälligen Ausschreibungsberichtigung iSd Paragraph 78, Absatz eins, erst und nur aufgrund einer hiezu ergangenen Aufforderung durch den Unternehmer nach Paragraph 81, Absatz 5, leg.cit. bestünde. Der vorliegende Antrag ist daher zulässig.

II. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen u.a. zuständig zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zwar im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen u.a. zuständig zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zwar im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 163 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 29. Juli 2004 richtet sich gegen die Ausschreibung. Gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG ist in einem offenen Verfahren u.a. die Ausschreibung eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 29. Juli 2004 richtet sich gegen die Ausschreibung. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG ist in einem offenen Verfahren u.a. die Ausschreibung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Wie bereits in den Sachverhaltsfeststellungen dargelegt, hat die F\*\*\* GmbH am 23. Juli 2004 einen Nachprüfungsprüfungsantrag betreffend die gegenständliche Ausschreibung eingebracht (Anm.: zu GZ. 15N-69/04). Der Österreichischen Donau-Technik-GmbH war es verwehrt, einen Teilnahmeantrag iSd § 165 Abs. 2 BVergG am bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren GZ. 15N-69/04 zu stellen, da nach den gesetzlichen Bestimmungen ein Teilnahmeantrag nur in Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt werden kann. Es war daher vom Bundesvergabeamt zu der, von der Antragstellerin begehrten Nichtigerklärung, ein eigenes Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Wie bereits in den Sachverhaltsfeststellungen dargelegt, hat die F\*\*\* GmbH am 23. Juli 2004 einen Nachprüfungsprüfungsantrag betreffend die gegenständliche Ausschreibung eingebracht (Anmerkung, zu GZ. 15N-69/04). Der Österreichischen Donau-Technik-GmbH war es verwehrt, einen Teilnahmeantrag iSd Paragraph 165, Absatz 2, BVergG am bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren GZ. 15N-69/04 zu stellen, da nach den gesetzlichen Bestimmungen ein Teilnahmeantrag nur in Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt werden kann. Es war daher vom Bundesvergabeamt zu der, von der Antragstellerin begehrten Nichtigerklärung, ein eigenes Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Aus Gründen der Prozessökonomie wurden die beiden Nachprüfungsverfahren (GZ. 15N-69/04 und GZ. 15N-74/04) gemäß § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Zur Entscheidung waren die Verfahren wieder zu trennen, da die Beschwerdepunkte der beiden Nachprüfungswerber nur teilweise ident waren. Aus Gründen der

Prozessökonomie wurden die beiden Nachprüfungsverfahren (GZ. 15N-69/04 und GZ. 15N-74/04) gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Zur Entscheidung waren die Verfahren wieder zu trennen, da die Beschwerdepunkte der beiden Nachprüfungswerber nur teilweise ident waren.

Im Verfahren der F\*\*\* GmbH erging die Entscheidung des Bundesvergabebeamtes am 25. September 2004. Mit Bescheid GZ. 15N- 69/04-21 wurde die Ausschreibung für nichtig erklärt.

Für die Antragstellerin folgt daraus, dass ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung somit auf die Nichtigerklärung eines Aktes gerichtet ist, der dem Rechtsbestand nicht mehr angehört. Ein bereits für nichtig erklärter "Akt" kann nicht ein weiteres Mal für nichtig erklärt werden, da dieser nicht mehr existiert (vgl. etwa BVA vom 29.3.2004, 13N-14/04-25). Für die Antragstellerin folgt daraus, dass ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung somit auf die Nichtigerklärung eines Aktes gerichtet ist, der dem Rechtsbestand nicht mehr angehört. Ein bereits für nichtig erklärter "Akt" kann nicht ein weiteres Mal für nichtig erklärt werden, da dieser nicht mehr existiert vergleiche etwa BVA vom 29.3.2004, 13N-14/04-25).

Das auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gerichtete Begehren der Antragstellerin war daher aus formalen Gründen zurückzuweisen.

**Dokumentnummer**

VERGT\_20041012\_15N\_74\_04\_19\_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](http://www.jusline.at)