

TE Verg Bescheid 2004/8/5 15N-74/04-6

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.08.2004

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §9 Abs2

BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa

BVergG 2002 §25 Abs3 Z3

BVergG 2002 §57 Abs3

BVergG 2002 §58 Abs3

BVergG 2002 §61 Abs2

BVergG 2002 §66 Abs3

BVergG 2002 §74 Abs1

BVergG 2002 §80 Abs2

BVergG 2002 §154 Abs1 Z2

BVergG 2002 §162 Abs2

BVergG 2002 §163 Abs2

BVergG 2002 §165 Abs3

BVergG 2002 §169 Abs2 lita

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

BVergG 2002 §174 Abs1 Z2

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

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 154 Abs. 1 Z 2 BVergG durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, 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, Wasserstraßendirektion, Hetzgasse 2, 1030 Wien, wird dem Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RA Dr. X***, vom 29. Juli 2004, der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, längstens aber für ein Monat, bei sonstiger Exekution zu untersagen, im gegenständlichen Vergabeverfahren weiter fort zu fahren, stattgegeben. 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, Wasserstraßendirektion, Hetzgasse 2, 1030 Wien, wird dem Antrag der A*** GmbH, vertreten durch RA Dr. X***, vom 29. Juli 2004, der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, längstens aber für ein Monat, bei sonstiger Exekution zu untersagen, im gegenständlichen Vergabeverfahren weiter fort zu fahren, stattgegeben.

Das Vergabeverfahren wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 29. August 2004, ausgesetzt.

Rechtsgrundlage: § 171 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 171, BVergG

BEGRÜNDUNG

Die A*** GmbH (in der Folge Antragstellerin), stellte am 29. Juli 2004 den im Spruch ersichtlichen Antrag und verband diesen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung.

Zur Begründung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, Wasserstraßendirektion (in der Folge Auftraggeberin), mit Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger vom 8. Juli 2004 ein offenes Verfahren über einen "Rahmenvertrag für die Baggerungen im Bereich der Wasserstraßenverwaltungen West, Mitte und Ost" eingeleitet habe. 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 Teilangebote für ein Los, Variantenangebote für zwei Lose und/oder ein Variantenangebot für alle drei Lose legen.

Die zu baggernden Böden bestünden überwiegend aus donautypischen Kiesen und Steinen, teilweise aus Feinsediment. Teilweise sei auch mit größeren Steinen zu rechnen. Bekannt sei lediglich 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, ein Auftragnehmer müsse dann innerhalb von 14 Tagen mit den Arbeiten beginnen.

Als einziges Zuschlagskriterium sei der Preis vorgesehen. Die Bieter hätten Einheitspreise anzubieten. Die Positionen 1 und 2 (Einrichten bzw. Räumen der Baustelle) seien pro Detailprojekt zu kalkulieren. Die Positionen 3, 4 und 5 seien pro Kubikmeter zu kalkulieren. Gemäß Positionen 7 und 8 sei ein Zuschlagspreis für die Positionen 1 und 2 für den Fall anzubieten, dass (gemäß den Besonderen Vertragsbestimmungen) eine zweite Baggergar nitur zum Einsatz zu bringen sein sollte.

Der geschätzte Auftragswert liege unter dem einschlägigen Schwellenwert. Schlusstermin für den Eingang der Angebote sei der 9. August 2004.

Die Antragstellerin sei auf Nassbaggerarbeiten spezialisiert und überwiegend an der Donau tätig. Sie beabsichtige daher ein Angebot zu legen. Ähnlich große Ausschreibungen seien in absehbarer Zeit weder in Österreich noch im benachbarten Ausland zu erwarten.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Ausschreibung insbesondere deshalb rechtswidrig, da der Auftraggeber unkalkulierbare Risiken - insbesondere Risiken, die aus möglichen extremen Wettersituationen resultieren - auf den Auftragnehmer überwälzen würde. Weiters sei die Ausschreibung in wesentlichen Punkten unbestimmt, der Auftraggeber habe sein Ermessen gemäß § 58 BVergG rechtswidrig ausgeübt. Weiters sehe die Ausschreibung rechtswidrige und diskriminierende Eignungskriterien vor, sei unvollständig, sei die falsche Preisart gewählt worden, sei das falsche Vergabeverfahren gewählt worden und würde sie auch von den geeigneten Leitlinien ohne Grund abweichen. Insgesamt sei es unmöglich, die Anforderungen der Ausschreibung zu erfüllen. Die Antragstellerin erachte sich daher in ihrem Recht auf ein faires und rechtskonformes Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf eine rechtmäßige Ausschreibung gemäß §§ 25, 57, 58, 61, 66, 74, 76 und 80 BVergG als verletzt.

Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Ausschreibung insbesondere deshalb rechtswidrig, da der Auftraggeber unkalkulierbare Risiken - insbesondere Risiken, die aus möglichen extremen Wettersituationen resultieren - auf den Auftragnehmer überwälzen würde. Weiters sei die Ausschreibung in wesentlichen Punkten unbestimmt, der Auftraggeber habe sein Ermessen gemäß Paragraph 58, BVergG rechtswidrig ausgeübt. Weiters sehe die Ausschreibung rechtswidrige und diskriminierende Eignungskriterien vor, sei unvollständig, sei die falsche Preisart gewählt worden, sei das falsche Vergabeverfahren gewählt worden und würde sie auch von den geeigneten Leitlinien ohne Grund abweichen. Insgesamt sei es unmöglich, die Anforderungen der Ausschreibung zu erfüllen. Die Antragstellerin erachte sich daher in ihrem Recht auf ein faires und rechtskonformes Vergabeverfahren, insbesondere in ihrem Recht auf eine rechtmäßige Ausschreibung gemäß Paragraphen 25, 57, 58, 61, 66, 74, 76 und 80 BVergG als verletzt.

Die Ausschreibung hätte anders gestaltet werden müssen, was zu anderen Angeboten und zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens führen würde. Damit liege ein wesentlicher Einfluss auf das Vergabeverfahren iSd § 174 Abs 1 Z 2 BVergG vor. Die Ausschreibung hätte anders gestaltet werden müssen, was zu anderen Angeboten und zu einem anderen Ausgang des Vergabeverfahrens führen würde. Damit liege ein wesentlicher Einfluss auf das Vergabeverfahren iSd Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vor.

Die Ausschreibung leide unter folgenden Rechtswidrigkeiten:

1. 1.)eins,

Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken:

Gemäß § 66 Abs 3 BVergG seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden könnten. Würde ein Auftragnehmer die bestehenden Risiken in den Preis einkalkulieren, hätte er keine Chance auf Zuschlagserteilung. Bestimmungen, die einem Auftragnehmer solche unkalkulierbaren Risiken überbinden, seien vergaberechtlich und zivilrechtlich unzulässig. Dem Auftragnehmer dürfe kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss habe oder deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen könne. Gemäß Paragraph 66, Absatz 3, BVergG seien die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt sei und die Preise ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden könnten. Würde ein Auftragnehmer die bestehenden Risiken in den Preis einkalkulieren, hätte er keine Chance auf Zuschlagserteilung. Bestimmungen, die einem Auftragnehmer solche unkalkulierbaren Risiken überbinden, seien vergaberechtlich und zivilrechtlich unzulässig. Dem Auftragnehmer dürfe kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss habe oder deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen könne.

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

1. a) Litera a

Fehlendes Mengengerüst:

Gemäß 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 an. Würde ein Bieter vom worst case, also von einer Verringerung der Baggerkubaturen um bis zu 60% - ausgehen, müsste er entsprechend hohe Sicherheitszuschläge kalkulieren. Ein Bieter sei also gezwungen, die Kalkulation auf der Grobschätzung des Auftraggebers aufzubauen und werde ihm somit ein nicht kalkulierbares

Risiko überbunden.

1. b) Litera b

Kenntnis der örtlichen Verhältnisse der Baustellenbereiche:

Gemäß § 5 (15) des Rahmenvertrages solle ein Bieter verbindlich 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 sein allfällig notwendige Zufahrtswege von einem Auftragnehmer auf seine Kosten herzustellen bzw. zu verstärken und in die Preise des Angebots einzurechnen. Diese Vorgaben der Ausschreibung seien jedoch von Bieter nicht einhaltbar. Es sei unmöglich, dies alles in der Angebotsfrist zu erkunden und in den Preisen zu berücksichtigen. Dem Bieter bleibe also nichts anderes übrig, als in seiner Kalkulation von Durchschnittswerten auszugehen. Damit würde dem Bieter aber ein nichtkalkulierbares Risiko überbunden werden. Gemäß Paragraph 5, (15) des Rahmenvertrages solle ein Bieter verbindlich 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 sein allfällig notwendige Zufahrtswege von einem Auftragnehmer auf seine Kosten herzustellen bzw. zu verstärken und in die Preise des Angebots einzurechnen. Diese Vorgaben der Ausschreibung seien jedoch von Bieter nicht einhaltbar. Es sei unmöglich, dies alles in der Angebotsfrist zu erkunden und in den Preisen zu berücksichtigen. Dem Bieter bleibe also nichts anderes übrig, als in seiner Kalkulation von Durchschnittswerten auszugehen. Damit würde dem Bieter aber ein nichtkalkulierbares Risiko überbunden werden.

1. c) Litera c

Finanzielle Situation des Auftraggebers:

Gemäß § 8 (8) des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber Umplanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe der finanziellen Mittel vor; dies aber ohne Auswirkungen auf die angebotenen Einheitspreise. Auch damit würde dem Bieter ein nicht kalkulierbares Risiko überbunden. Würde in der Kalkulation eine mögliche Kürzung des Bauprogramms berücksichtigt werden, so müsste der Bieter höhere Aufschläge für seine Deckungsbeiträge berechnen. Die Höhe dieser Aufschläge sei jedoch nicht abschätzbar. Gemäß Paragraph 8, (8) des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber Umplanungen und Kürzungen des Bauprogramms nach Maßgabe der finanziellen Mittel vor; dies aber ohne Auswirkungen auf die angebotenen Einheitspreise. Auch damit würde dem Bieter ein nicht kalkulierbares Risiko überbunden. Würde in der Kalkulation eine mögliche Kürzung des Bauprogramms berücksichtigt werden, so müsste der Bieter höhere Aufschläge für seine Deckungsbeiträge berechnen. Die Höhe dieser Aufschläge sei jedoch nicht abschätzbar.

1. d) Litera d

Risiko bei "bettbildenden" Wasserständen:

Eine Veränderung des Wasserstandes der Donau könne extreme Auswirkungen auf den Aufwand haben, der zur Erreichung der geforderten vollflächigen Baggertiefe nötig sei. Sowohl bei Hochwasser als auch bei "Mittelwasser plus zwei Meter" und auch bei Niederwasser komme es regelmäßig dazu, dass Kiese, Steine und Sedimente neuerlich auf den Baggerstellen abgelagert würden. Die Arbeiten müssten dann wieder von vorne beginnen, die Baggergeräte wieder "zurückgesetzt" werden. In einer Hochwasserphase würden weitere Kosten für Ab- und Neuaufbau der Baustelle sowie für Stehzeiten anfallen. Bei Niederwasser könnten die Schiffe für den Abtransport des Materials nur noch zum Teil beladen werden. Diese Risiken würden gemäß Ausschreibung im Wesentlichen auf den Auftragnehmer überwält. Zwar seien Nachbaggerungen durch den Einheitspreis abgegolten, Geräteverstellungsarbeiten würden hingegen nicht abgegolten. Die dem Auftragnehmer verbleibenden Risiken würden ausschließlich vom Wetter - also vom Zufall - abhängen, und seien daher schlicht unkalkulierbar. Bei Niederwasser sei das Risiko sogar zur Gänze vom Auftragnehmer zu tragen. Der Auftragnehmer hätte ohne zusätzliche Vergütung in zwei Baustellen jeweils den doppelten Einsatz an Transportleistungen und Personal zu erbringen, zusätzlich die Wiederherstellung der durch Niederwasser zerstörten Arbeiten zu leisten und auch die Zurücksetzung der Geräte ohne Vergütung zu erbringen. Zudem habe ein Auftragnehmer stets eine zweite Baggernitur vorzuhalten, was auch erhebliche Kosten verursache. Da die Verwirklichung der Risiken also vom Zufall (und zum Teil vom Belieben des Auftraggebers) abhängen, seien sie unkalkulierbar.

1. e) Litera e

Alternativmaßnahmen:

Laut Bietererklärung habe sich ein Bieter zu verpflichten, den zugesagten Erfolg auch einzuhalten. Falls ihm die Herstellung des Erfolges auf Basis der vorgeschlagenen Maßnahmen nicht möglich sei, würden von ihm geeignete Ersatzmaßnahmen zu setzen sein, ohne dass sich an der Entgeltsituation etwas ändere. Der Auftraggeber halte es offenbar für möglich, dass die in der Ausschreibung vorgesehenen Maßnahmen (Nassbaggerungen) zur Erreichung des definierten Zieles nicht ausreichen würden. Auch dieses Risiko werde gänzlich auf den Auftragnehmer überwältet und stelle ein unkalkulierbares Risiko dar.

1. f) Litera f

Anordnung von Arbeitsunterbrechungen:

Gemäß § 8 (3) des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber die Anordnung von Arbeitsunterbrechungen bei bestimmten Notwendigkeiten vor. Auch hierfür werde keine Entschädigung geleistet. Dies komme der Willkür sehr nahe; es handle sich um ein Risiko, das vom Belieben des Auftraggebers abhängen. Gemäß Paragraph 8, (3) des Rahmenvertrages behalte sich der Auftraggeber die Anordnung von Arbeitsunterbrechungen bei bestimmten Notwendigkeiten vor. Auch hierfür werde keine Entschädigung geleistet. Dies komme der Willkür sehr nahe; es handle sich um ein Risiko, das vom Belieben des Auftraggebers abhängen.

1. g) Litera g

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 (unkalkulierbare) Risiko hätte ein Auftragnehmer zu tragen.

Die oben erwähnten Bestimmungen der Ausschreibung mache (jede für sich bzw. in Summe) das Angebot unkalkulierbar. Die Ausschreibung sei daher rechtswidrig. Der Auftraggeber hätte diese Rechtswidrigkeit durch getrennte Ausschreibungen oder durch Ausschreibung zu Regiepreisen verhindern können.

1. 2. Ziffer 2

Unbestimmtheit der Ausschreibung:

Aus § 66 Abs. 3 BVergG folge, dass alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung soweit klar sein müssten, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen könne und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden könnten. Die Ausschreibung enthalte jedoch insbesondere hinsichtlich der Leistungsmenge, der Leistungszeitpunkte und der Leistungsorte entweder keine Angaben oder nur grobe Schätzungen. Dies führe dazu, dass ein Bieter ein konkurrenzfähiges Angebot nur unter Übernahme großer Risiken kalkulieren könne. Aus Paragraph 66, Absatz 3, BVergG folge, dass alle für die Ausarbeitung der Angebote und die Abwicklung des Vertrages maßgebenden Umstände bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung soweit klar sein müssten, dass die Beschreibung der Leistung genau erfolgen könne und auch die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages festgelegt werden könnten. Die Ausschreibung enthalte jedoch insbesondere hinsichtlich der Leistungsmenge, der Leistungszeitpunkte und der Leistungsorte entweder keine Angaben oder nur grobe Schätzungen. Dies führe dazu, dass ein Bieter ein konkurrenzfähiges Angebot nur unter Übernahme großer Risiken kalkulieren könne.

1. 3. Ziffer 3

Rechtswidrige Gesamtausschreibung:

Gemäß § 58 Abs. 3 BVergG seien für die Gesamt- oder getrennte Ausschreibung "wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte" maßgebend. Diesen Ermessensspielraum habe die Auftraggeberin mehrfach überschritten: Gemäß Paragraph 58, Absatz 3, BVergG seien für die Gesamt- oder getrennte Ausschreibung "wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte" maßgebend. Diesen Ermessensspielraum habe die Auftraggeberin mehrfach überschritten:

Die Unbestimmtheit betreffend den Umfang, die Art und den Ort der Leistung führe dazu, dass die Leistungen unkalkulierbar seien. Um den Zuschlag zu erhalten, müsste ein Bieter "Kampfpreise" anbieten. Die Leistungen müssten aus technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten getrennt vergeben werden. Bei einer getrennten Vergabe wären seriösere und niedrigere Angebote zu erwarten.

1. 4.Ziffer 4

Rechtswidrige Eignungskriterien:

Gemäß § 57 Abs. 3 BVergG könne der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Erklärung verlangen, aus der hervor gehen müssen, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer verfügen werde. Gemäß Paragraph 57, Absatz 3, BVergG könne der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Erklärung verlangen, aus der hervor gehen müssen, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer verfügen werde.

Gemäß der Ausschreibung sei je Los der Nachweis der Verfügbarkeit von zumindest zwei Baggergarnituren zu erbringen. In Anhang II sei festgeschrieben, welche Angaben zu den jeweiligen Geräten zu machen seien. Es seien auch die Zulassungsdaten der Geräte anzugeben, sodass das zum Einsatz kommende Gerät bereits im Angebot zu individualisieren sei. Der Auftraggeber verlange also nicht - wie gesetzlich vorgesehen - eine (bloße) Aufzählung der Geräte, die der Auftragnehmer für die Ausführung zur Verfügung haben werde, sondern, dass sie der Auftragnehmer bei Erstellung der Ausschreibung bereits zur Verfügung habe. Dies schließe die Neuanschaffung von Geräten gänzlich aus. Auch die Möglichkeit der Miete von Geräten falle praktisch weg. Für diese Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben gebe es keine ausreichende sachliche Rechtfertigung. Gemäß der Ausschreibung sei je Los der Nachweis der Verfügbarkeit von zumindest zwei Baggergarnituren zu erbringen. In Anhang römisch zwei sei festgeschrieben, welche Angaben zu den jeweiligen Geräten zu machen seien. Es seien auch die Zulassungsdaten der Geräte anzugeben, sodass das zum Einsatz kommende Gerät bereits im Angebot zu individualisieren sei. Der Auftraggeber verlange also nicht - wie gesetzlich vorgesehen - eine (bloße) Aufzählung der Geräte, die der Auftragnehmer für die Ausführung zur Verfügung haben werde, sondern, dass sie der Auftragnehmer bei Erstellung der Ausschreibung bereits zur Verfügung habe. Dies schließe die Neuanschaffung von Geräten gänzlich aus. Auch die Möglichkeit der Miete von Geräten falle praktisch weg. Für diese Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben gebe es keine ausreichende sachliche Rechtfertigung.

Weiters sei in der Ausschreibung vorgesehen, dass Bagger- und Einbaugeräte über ein, dem Stand der Technik entsprechendes, Echolot verfügen müssten. Im vorliegenden Fall sei jedoch das Vorhandensein eines Echolots für die Erfüllung des Auftrags nicht nötig. Das Projektziel könne auch durch die Verwendung eines Unterwassersichtgerätes erfüllt werden. Die Anschaffung von Echoloten wäre unverhältnismäßig teuer. Dieses Erfordernis würde zu einer nicht gerechtfertigten Einschränkung des Bieterkreises und damit zu einer unsachlichen Beschränkung des Wettbewerbs führen. Das Erfordernis von Echoloten zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter sei somit rechtswidrig. In dem der Auftraggeber nicht konkret dargelegt habe, welche Funktion die Echolote im vorliegenden Fall genau erfüllen sollten sei die Ausschreibung rechtswidrig. Ebenso unklar sei, was "mit dem Stand der Technik" gemeint sei. Auch hier fehle eine ausreichende Beschreibung durch den Auftraggeber und sei die Ausschreibung daher rechtswidrig.

1. 5.Ziffer 5

Unvollständigkeit der Ausschreibung:

Im Sinne des § 74 Abs. 1 BVergG sei die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Die Planung müsse vor der Ausschreibung soweit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang genau beurteilt werden könnten. Die Erfordernisse, die vom Auftraggeber in § 5 (15) des Rahmenvertrages dargestellt würden, seien nicht einhaltbar. Der Auftraggeber wäre vielmehr verpflichtet gewesen, alle relevanten Umstände (Baustellenbereiche, Zufahrtswege etc.) in der Ausschreibung ausreichend zu beschreiben. Die Unterlassung mache die Ausschreibung rechtswidrig. Im Sinne des Paragraph 74, Absatz eins, BVergG sei die Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Die Planung müsse vor der Ausschreibung soweit abgeschlossen sein, dass Inhalt und Umfang genau beurteilt werden könnten. Die Erfordernisse, die vom Auftraggeber in Paragraph 5, (15) des Rahmenvertrages dargestellt würden, seien nicht einhaltbar. Der Auftraggeber wäre vielmehr verpflichtet gewesen, alle relevanten Umstände (Baustellenbereiche, Zufahrtswege etc.) in der Ausschreibung ausreichend zu beschreiben. Die Unterlassung mache die Ausschreibung rechtswidrig.

1. 6.Ziffer 6

Unmöglichkeit der Erfüllung:

Eine Bestimmung in der Ausschreibung sei dann rechtswidrig, wenn sie durch den Auftragnehmer nicht erfüllbar

sei. Folgende Bestimmungen der Ausschreibung seien unerfüllbar:

- -Strichaufzählung
Der Auftragnehmer sei verpflichtet, innerhalb von 14 Tagen nach Abruf der Leistung mit der Baggerung zu beginnen. Die Details der Ausführung würden erst 2 Tage vor Baubeginn bekannt gegeben. Laut den Besonderen Vertragsbestimmungen habe der Auftragnehmer Baustellenzufahrten herzustellen und dazu notwendige Bewilligungen einzuholen. Dies würde in der Regel länger als 14 Tage, jedenfalls aber länger als 2 Tage dauern. Hier würden dem Auftragnehmer Verpflichtungen auferlegt, die er nicht einhalten könne. Wenn vorgeschrieben werde, die erforderliche Schifffahrtskundmachung 14 Tage vor Beginn eines Detailprojekts bei der zuständigen Schifffahrtspolizei zu beantragen, sei dies unmöglich, da zu diesem Zeitpunkt erst die Eckdaten des Projektes bekannt seien.
- -Strichaufzählung
Gemäß Bietererklärung sei der Bieter verpflichtet, die Ausführung der übertragenen Leistungen zu den angegebenen Terminen und innerhalb der angegebenen Frist durchzuführen. In den Ausschreibungsunterlagen seien jedoch weder Termine noch Fristen angegeben.
- -Strichaufzählung
In der Bietererklärung müsse der Bieter bestätigen, dass dem Angebot nur seine eigene Preisermittlung zu Grunde liege. Zugleich gestatte jedoch die Ausschreibung (Seite 7) ausdrücklich die Heranziehung von Subunternehmern. Bei Heranziehung von Subunternehmern sei es dem Bieter aber unmöglich, seinem Angebot nur seine eigenen Preisermittlungen zu Grunde zu legen.

Auch aus diesen Gründen sei die Ausschreibung rechtswidrig.

1. 7.Ziffer 7

Falsche Preisart:

Die Ausschreibung sehe in wesentlichen Positionen Einheitspreise vor. Gemäß § 61 Abs. 2 BVergG sei zu Einheitspreisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, 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. Der Auftraggeber hätte daher richtigerweise Regiepreise vorsehen müssen; da er dies unterlassen habe, sei die Ausschreibung rechtswidrig. Die Ausschreibung sehe in wesentlichen Positionen Einheitspreise vor. Gemäß Paragraph 61, Absatz 2, BVergG sei zu Einheitspreisen auszuschreiben, anzubieten und zuzuschlagen, 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. Der Auftraggeber hätte daher richtigerweise Regiepreise vorsehen müssen; da er dies unterlassen habe, sei die Ausschreibung rechtswidrig.

1. 8.Ziffer 8

Unzulässige Abweichung von geeigneten Leitlinien:

Die Ausschreibung verstoße auch gegen § 80 Abs. 2 BVergG. So regle etwa die Ö-Norm B 2110 (Punkt 5.24) die Ansprüche des Auftragnehmers bei Änderung oder Entfall von Leistungen. Eine solche Regelung finde sich jedoch in der gegenständlichen Ausschreibung nicht. Auch aus diesem Grund sei die Ausschreibung rechtswidrig. Die Ausschreibung verstoße auch gegen Paragraph 80, Absatz 2, BVergG. So regle etwa die Ö-Norm B 2110 (Punkt 5.24) die Ansprüche des Auftragnehmers bei Änderung oder Entfall von Leistungen. Eine solche Regelung finde sich jedoch in der gegenständlichen Ausschreibung nicht. Auch aus diesem Grund sei die Ausschreibung rechtswidrig.

1. 9.Ziffer 9

Falsches Vergabeverfahren:

Das vorliegende offene Verfahren sei rechtswidrig. Die Ausschreibung hätte im Verhandlungsverfahren erfolgen müssen. Gemäß § 25 Abs. 3 Z 3 BVergG könnten (müssten) Bauaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorherigen Bekanntmachung vergeben werden, wenn es sich um Bauaufträge handle, deren Eigenheiten eine globale Preisgestaltung nicht ermöglichten, oder bei denen die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche verhindere. Im vorliegenden Fall würden die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine globale Preisgestaltung verhindern. Dies habe zur Konsequenz, dass Angebote von unterschiedlichen

Voraussetzungen ausgehen würden und damit nicht vergleichbar seien. Das vorliegende offene Verfahren sei rechtswidrig. Die Ausschreibung hätte im Verhandlungsverfahren erfolgen müssen. Gemäß Paragraph 25, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG könnten (müssten) Bauaufträge im Verhandlungsverfahren nach vorherigen Bekanntmachung vergeben werden, wenn es sich um Bauaufträge handle, deren Eigenheiten eine globale Preisgestaltung nicht ermöglichen, oder bei denen die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine solche verhindern. Im vorliegenden Fall würden die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine globale Preisgestaltung verhindern. Dies habe zur Konsequenz, dass Angebote von unterschiedlichen Voraussetzungen ausgehen würden und damit nicht vergleichbar seien.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Das gesamte Vorbringen zum Sachverhalt, zum Interesse am Vertragsabschluss, zur Zulässigkeit des Antrages und zu den Rechtswidrigkeiten, werde auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Aus der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden. Es sei keine betriebswirtschaftlich sinnvolle Kalkulation des Auftrages möglich, wodurch die Antragstellerin mit hoher Wahrscheinlichkeit die Chance auf den Zuschlag verlieren würde. Bei Nichterteilung des Zuschlags auf ihr Angebot müssten große Teile ihrer Betriebsmittel für ein Jahr still stehen. Dies sei existenzbedrohend und hätte die Kündigung von Dienstverhältnissen und die Veräußerung von Betriebsmitteln zu Folge. Daneben entstünde ein Schaden in Höhe des fehlenden Deckungsbeitrages in Höhe von ca. 12% des Auftragswertes sowie in Form von entgangenem Gewinn (ca. Euro 55.000,- netto). Auch die Teilnahmekosten in Höhe von ca. Euro 25.000,- werden frustriert. Der Schaden aus dem Verlust eines Referenzprojektes werde mit ca. Euro 30.000,- beziffert.

Zur Interessensabwägung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nach Ablauf der Frist des § 169 Abs. 2 lit.a BVergG nicht mehr aufgegriffen werden könnten. Die Angebotsfrist ende am 9. August 2004, der Auftraggeber habe - nach Einhaltung der Stillhaltefrist - die Möglichkeit den Zuschlag zu erteilen. Eine bloße ex-post-Feststellung der Rechtswidrigkeit könne die Chance, den Auftrag zu halten nicht aufheben. Die theoretische Möglichkeit, Schadenersatz erlangen zu können, mindere nicht ihr Interesse an der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung. Dem gegenüber stünden bei einer vorläufigen Aussetzung des Vergabeverfahrens keine besonderen Interessen der Antragsgegnerin oder der Öffentlichkeit gegenüber. Eine kurzfristige Verzögerung des Vergabeverfahrens müsse nicht zwangsläufig auch zu einer Verzögerung der Leistungserbringung führen. Im Falle eines kurzfristigen Bedarfs an Baggerungen könne sich der Auftraggeber diese im Wege eines offenen Verfahrens mit verkürzter Angebotsfrist binnen ca. 2 Wochen beschaffen. Der Auftraggeber habe bei Erstellung des Zeitplans auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und auf daraus möglicherweise folgende Verzögerungen Bedacht zu nehmen. Auch komme es durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung zu keiner Gefährdung der Sicherheit der Schifffahrt auf der Donau. Selbst wenn öffentliche Interessen bestünden, wären diesen nicht allein deshalb der Vorzug zu geben, weil die Arbeiten der Sicherheit der Schifffahrt dienen. Eine generalisierende Interessensabwägung, die der möglichen Erhöhung der Sicherheit regelmäßig den Vorzug gebe, sei unzulässig. Im Falle der Abwicklung des Vergabeverfahrens auf Grundlage einer rechtswidrigen Ausschreibung würde jedenfalls gegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe verstoßen. Bei der Interessensabwägung sei auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen. Zur Interessensabwägung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten nach Ablauf der Frist des Paragraph 169, Absatz 2, Litera a, BVergG nicht mehr aufgegriffen werden könnten. Die Angebotsfrist ende am 9. August 2004, der Auftraggeber habe - nach Einhaltung der Stillhaltefrist - die Möglichkeit den Zuschlag zu erteilen. Eine bloße ex-post-Feststellung der Rechtswidrigkeit könne die Chance, den Auftrag zu halten nicht aufheben. Die theoretische Möglichkeit, Schadenersatz erlangen zu können, mindere nicht ihr Interesse an der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung. Dem gegenüber stünden bei einer vorläufigen Aussetzung des Vergabeverfahrens keine besonderen Interessen der Antragsgegnerin oder der Öffentlichkeit gegenüber. Eine kurzfristige Verzögerung des Vergabeverfahrens müsse nicht zwangsläufig auch zu einer Verzögerung der Leistungserbringung führen. Im Falle eines kurzfristigen Bedarfs an Baggerungen könne sich der Auftraggeber diese im Wege eines offenen Verfahrens mit verkürzter Angebotsfrist binnen ca. 2 Wochen beschaffen. Der Auftraggeber habe bei Erstellung des Zeitplans auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und auf daraus möglicherweise folgende Verzögerungen Bedacht zu nehmen. Auch komme es durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung zu keiner Gefährdung der

Sicherheit der Schifffahrt auf der Donau. Selbst wenn öffentliche Interessen bestünden, wären diesen nicht allein deshalb der Vorzug zu geben, weil die Arbeiten der Sicherheit der Schifffahrt dienen. Eine generalisierende Interessensabwägung, die der möglichen Erhöhung der Sicherheit regelmäßig den Vorzug gebe, sei unzulässig. Im Falle der Abwicklung des Vergabeverfahrens auf Grundlage einer rechtswidrigen Ausschreibung würde jedenfalls gegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe verstoßen. Bei der Interessensabwägung sei auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen.

Die Auftraggeberin erstattete keine Stellungnahme.

Aufgrund der Vorbringen der Antragstellerin sowie den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wurde im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender maßgebliche Sachverhalt festgestellt:

Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, hat den gegenständlichen Bauauftrag am 8. Juli 2004 im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert ca. Euro 2 Mio. netto). Verfahrensgegenstand sind Nassbaggerarbeiten in der Schifffahrtsrinne, Häfen, Hafeneinfahrten, Ländenbereichen und Nebenarmen der Wasserstraße Donau im gesamten österreichischen Streckenabschnitt (einschließlich Wiener Donaukanal). Es handelt sich um einen Bauauftrag im Sinne des § 3 Abs 1 Z 3 BVergG iVm Anhang I BVergG. Eine Aufteilung in Lose ist vorgesehen; Angebote sind möglich für ein Los, mehrere Lose oder alle Lose. Alternativvorschläge werden nicht berücksichtigt. Es soll ein Rahmenvertrag beginnend mit 1. September 2004 und endend am 31. August 2005 abgeschlossen werden. Als Zuschlagskriterium ist allein der Preis vorgesehen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 9. August 2004, 11.00 Uhr, festgelegt. Die Angebotsöffnung soll am selben Tag um 11.15 Uhr stattfinden.

Die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dieser vertreten durch die Wasserstraßendirektion, hat den gegenständlichen Bauauftrag am 8. Juli 2004 im Amtlichen Lieferanzeiger bekannt gemacht. Es handelt sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert ca. Euro 2 Mio. netto). Verfahrensgegenstand sind Nassbaggerarbeiten in der Schifffahrtsrinne, Häfen, Hafeneinfahrten, Ländenbereichen und Nebenarmen der Wasserstraße Donau im gesamten österreichischen Streckenabschnitt (einschließlich Wiener Donaukanal). Es handelt sich um einen Bauauftrag im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch eins BVergG. Eine Aufteilung in Lose ist vorgesehen; Angebote sind möglich für ein Los, mehrere Lose oder alle Lose. Alternativvorschläge werden nicht berücksichtigt. Es soll ein Rahmenvertrag beginnend mit 1. September 2004 und endend am 31. August 2005 abgeschlossen werden. Als Zuschlagskriterium ist allein der Preis vorgesehen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 9. August 2004, 11.00 Uhr, festgelegt. Die Angebotsöffnung soll am selben Tag um 11.15 Uhr stattfinden.

Es ist zu Einheitspreisen auszuschreiben. Bei der Preisbildung ist zu berücksichtigen, dass - je nach Los - bis zu 20 Detailprojekte zur Ausführung gelangen können. Bei der Preisbildung ist daher in der Folge auch das Einrichten und Räumen jeder der einzelnen Baustellen entsprechend zu berücksichtigen. Innerhalb des vorgesehenen Ausführungszeitraumes ist der Auftragnehmer verpflichtet, nach Abruf eines Detailprojektes binnen 14 Tagen mit der Baggerung zu beginnen. Der Abruf erfolgt unter Bekanntgabe der Örtlichkeit und einer grober Kubaturabschätzung. Details zur Ausführung werden spätestens zwei Tage vor Baubeginn bekannt gegeben. Seitens des Auftragnehmers besteht kein Rechtsanspruch auf die vollständige Ausschöpfung der ausgeschriebenen Baggerkubaturen.

Auch ist der Nachweis der Verfügbarkeit einer zusätzlichen Baggergarntur (bei Vorliegen unvorhersehbarer nautischer Erfordernisse) zu erbringen, die innerhalb von zwei Wochen zum Einsatz zu bringen sei muss. Dem Angebot ist eine detaillierte Geräteliste mit Angabe der Art und Ausstattung der Geräte, ihrer wesentlichen technischen Kenngrößen und der damit erzielbaren Leistungsfähigkeit, beizufügen.

Zu gegenständlichem Vergabeverfahren wurden am 23. Juli 2004 von der B*** GmbH ein Nachprüfungsantrag und ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (GZ 15N-69/04) eingebracht. Mit Bescheid vom 29. Juli 2004, GZ 15N-69/04-5, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und das Vergabeverfahren bis längstens 23. August 2004 ausgesetzt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin und den vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens.

Aus Gründen der Verfahrensökonomie werden die Verfahren 15N-69/04 und 15N-74/04 gemäß § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Aus Gründen der Verfahrensökonomie werden die Verfahren 15N-69/04 und 15N-74/04 gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

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

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde am 29. Juli 2004, sohin innerhalb der Frist des § 169 Abs. 2 Z 1 lit. a BVergG gestellt; da die Angebotsfrist am 9. August 2004 abläuft, ist der Antrag jedenfalls rechtzeitig. Gemäß § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG ist die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Verständigung der Auftraggeberin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd § 163 Abs 2 BVergG wurde mit Fax vom 29. Juli 2004 übermittelt. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wurde am 29. Juli 2004, sohin innerhalb der Frist des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG gestellt; da die Angebotsfrist am 9. August 2004 abläuft, ist der Antrag jedenfalls rechtzeitig. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG ist die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die Verständigung der Auftraggeberin von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens iSd Paragraph 163, Absatz 2, BVergG wurde mit Fax vom 29. Juli 2004 übermittelt. Die Pauschalgebühr wurde entrichtet.

Da es sich beim Provisorialverfahren um ein Zweiparteienverfahren, nämlich zwischen Auftraggeber und Antragsteller handelt (§ 165 Abs. 3 BVergG), ist davon auszugehen, dass der "Zweitrantragsteller" idR keine unmittelbare Kenntnis von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat. Für den Fall, dass die "Erstantragstellerin" ihren Nachprüfungsantrag zurückzieht und damit die erlassene einstweilige Verfügung außer Kraft tritt, könnte die Situation entstehen, dass die Antragstellerin ohne Kenntnis des Außerkrafttretens der bewilligten einstweiligen Verfügung bzw. ohne vorläufigen Rechtsschutz wäre. Wollte man den Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung ab- oder zurückweisen (da ja eventuell bereits provisorischer Rechtsschutz besteht, läge das rechtliche Schicksal des Nachprüfungsantrages der "Zweitrantragstellerin" somit weitgehend in den Händen der "Erstantragstellerin". Dieses Ergebnis widerspräche aber den Grundgedanken des effektiven Rechtsschutzes. Der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung ist daher zulässig. Da es sich beim Provisorialverfahren um ein Zweiparteienverfahren, nämlich zwischen Auftraggeber und Antragsteller handelt (Paragraph 165, Absatz 3, BVergG), ist davon auszugehen, dass der "Zweitrantragsteller" idR keine unmittelbare Kenntnis von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat. Für den Fall, dass die "Erstantragstellerin" ihren Nachprüfungsantrag zurückzieht und damit die erlassene einstweilige Verfügung außer Kraft tritt, könnte die Situation entstehen, dass die Antragstellerin ohne Kenntnis des Außerkrafttretens der bewilligten einstweiligen Verfügung bzw. ohne vorläufigen Rechtsschutz wäre. Wollte man den Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung ab- oder zurückweisen (da ja eventuell bereits provisorischer Rechtsschutz besteht, läge das rechtliche Schicksal des Nachprüfungsantrages der "Zweitrantragstellerin" somit weitgehend in den Händen der "Erstantragstellerin". Dieses Ergebnis widerspräche aber den Grundgedanken des effektiven Rechtsschutzes. Der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung ist daher zulässig.

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

Gemäß § 171 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich

vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs. 3 leg.cit. 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß § 171 Abs. 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, leg.cit. 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung behauptet. Die Behauptungen der Antragstellerin erscheinen im Hinblick auf ihr Vorbringen, nämlich dass die Bieter aufgrund zahlreicher rechtswidriger Bestimmungen in der Ausschreibung nicht kalkulierbare Risiken übernehmen müssten, nicht denkunmöglich.

Da die Auftraggeberin nach dem 23. August 2004 (Ablauf der einstweiligen Verfügung zu GZ 15N-69/04) das Vergabeverfahren fortführen könnte, die Angebotsöffnung durchführen und in der Folge die Zuschlagsentscheidung treffen könnte, droht der Antragstellerin möglicherweise ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens bis 29. August 2004 abgewendet werden kann. Die Möglichkeit der Antragstellerin, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der es der Antragstellerin ermöglicht, gegebenenfalls ein Angebot zu legen und für den Zuschlag in Betracht zu kommen.

Zur Interessensabwägung gemäß § 171 Abs. 3 BVergG 2002 ist folgendes festzuhalten: Zur Interessensabwägung gemäß Paragraph 171, Absatz 3, BVergG 2002 ist folgendes festzuhalten:

Die Antragstellerin hat für den Fall, dass sie sich aufgrund der dargestellten Rechtswidrigkeit der Ausschreibung nicht mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren beteiligen könnte, dargelegt, dass ihr ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden zu entstehen droht. Der drohende Schaden wurde dem Grunde und der Höhe nach schlüssig und nachvollziehbar dargelegt und auch ziffernmäßig glaubhaft dargestellt. Eine detaillierte Bescheinigung des Schadens ist nicht erforderlich.

Die Auftraggeberin hat dem gegenüber im (selben) Vergabeverfahren zu GZ 15N-69/04 keinen drohenden finanziellen Schaden bei Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung behauptet. Sie hat lediglich zu bedenken gegeben, dass bei Änderung der Fahrwasserverhältnisse punktuell Notbaggerungen möglich sein könnten. Die Auftraggeberin hat zwar zu GZ 15N-74/04 keine Stellungnahme abgegeben, doch ist davon auszugehen, dass sich die diesbezüglichen Aussagen zu GZ 15N-69/04 nicht geändert haben und auch für das gegenständliche Verfahren Gültigkeit haben.

Ein besonderes Interesse der Auftraggeberin oder der sonstigen Bewerber sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens wurde also weder behauptet, noch kann die Behörde ein solches erkennen. Es scheint aufgrund des derzeitigen Wasserstandes der Donau keine besondere Dringlichkeit der Durchführung der Arbeiten geboten. Die temporäre Aussetzung des Vergabeverfahrens bis längstens 29. August 2004

wird nach menschlichem Ermessen auch zu keiner Gefährdung der Sicherheit der Schifffahrt auf der Donau führen. Im Falle unvorhersehbarer Ereignisse müssten (und könnten) die zuständigen Stellen jedenfalls die notwendigen Sofortmassnahmen einleiten.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabebeamten hinzuweisen, wonach ein Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen hat (BVA vom 19.5.2003, 04N-65/03-7 u. a.).

Ganz allgemein ist auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter hinzuweisen (u.a. BVA vom 14.8.2003, 14N-78/03-10 unter Verweis auf VfGH 15.10.2001, B 1369/01).

Es ist daher nicht von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen, welche nach § 171 Abs. 3 BVergG zu einem Absehen von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen würde, auszugehen. Es überwiegen vielmehr die möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin und das dargestellte öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Eine zeitlich befristete Aussetzung des Vergabeverfahrens ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Die Aussetzung des Vergabeverfahrens hat hinsichtlich des Fristenlaufes die Wirkung, dass dieser gehemmt wird. Dies soll der Antragstellerin ermöglichen, für den Fall, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben werden sollte, entsprechende Schritte zur Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes zu setzen. Es ist daher nicht von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen, welche nach Paragraph 171, Absatz 3, BVergG zu einem Absehen von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung führen würde, auszugehen. Es überwiegen vielmehr die möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin und das dargestellte öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Eine zeitlich befristete Aussetzung des Vergabeverfahrens ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Die Aussetzung des Vergabeverfahrens hat hinsichtlich des Fristenlaufes die Wirkung, dass dieser gehemmt wird. Dies soll der Antragstellerin ermöglichen, für den Fall, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben werden sollte, entsprechende Schritte zur Legung eines ausschreibungskonformen Angebotes zu setzen.

Die Geltungsdauer der erlassenen Maßnahme war mit Rücksicht auf die Notwendigkeit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit der gesetzlichen Höchstdauer von einem Monat zu bemessen.

Da somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht gegeben war, hatte das Bundesvergabeamt spruchgemäß zu entscheiden.

Auf die übrigen (eV-)Anträge war daher nicht mehr einzugehen.

Dokumentnummer

VERGT_20040805_15N_74_04_6_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