

TE Verg Bescheid 1998/8/25 N-20/98-9

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.08.1998

Norm

BVergG 1997 §2 Abs1 Z1

BVergG 1997 §6 Abs1

BVergG 1997 §6 Abs3

BVergG 1997 §11 Abs1 Z3

BVergG 1997 §14 Abs3

BVergG 1997 §15 Z2

BVergG 1997 §20

BVergG 1997 §55 Abs1

BVergG 1997 §66 Abs3

BVergG 1997 §113 Abs2

BVergG 1997 §117 Abs2

Erstreckungsverordnung 1995 BGBl 802/1995 §1 Abs1

Erstreckungsverordnung 1995 BGBl 802/1995 §2 Abs1 lit a

B-VG Art18 Abs2

RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABl 1989 L 395 S 33) Art1 Abs1

EGV Art189 Abs3

1. B-VG Art. 18 heute
2. B-VG Art. 18 gültig ab 01.07.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
5. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
6. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
7. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
8. B-VG Art. 18 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 18 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID:

Der Senat 3 des Bundesvergabeamtes hat am 25. August 1998 nach mündlicher Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ernst REITERMAIER und die Beisitzer Dr. Johannes SCHENK und Divisionär Ing. Dr. Ernst HLADIK im Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausschreibung "Bodenmarkierungsarbeiten auf der A12 Inntalautobahn für

alle Markierungsabschnitte" der ASFINAG, vertreten durch das Land Tirol, wie folgt entschieden:

Spruchpunkt 1: Der Antrag der ARGE XXX, bestehend aus YYY GmbH und ZZZ GmbH und Co KG, vertreten durch ***, die Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung vom 18. 2. 1998, Ausschreibung zu widerrufen, für nichtig zu erklären, wird gemäß § 113 Abs. 1 und 2 Bundesvergabegesetz (BVerG) 1997, BGBl. Nr. 56/1997, zurückgewiesen. Spruchpunkt 1: Der Antrag der ARGE römisch 30, bestehend aus YYY GmbH und ZZZ GmbH und Co KG, vertreten durch ***, die Entscheidung des Auftraggebers, die Ausschreibung vom 18. 2. 1998, Ausschreibung zu widerrufen, für nichtig zu erklären, wird gemäß Paragraph 113, Absatz eins und 2 Bundesvergabegesetz (BVerG) 1997, Bundesgesetzblatt Nr. 56 aus 1997, zurückgewiesen.

Spruchpunkt 2: Der Antrag der ARGE XXX, YYY GmbH und ZZZ GmbH und Co KG, vertreten durch ***, auf Feststellung, daß durch den Widerruf der Ausschreibung das Bundesvergabegesetz verletzt und der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, wird gemäß § 113 Abs. 3 BVerG in Verbindung mit §§ 16 Abs. 1, 53, 55 Abs. 1 und 56 Abs. 1 BVerG abgewiesen. Spruchpunkt 2: Der Antrag der ARGE römisch 30, YYY GmbH und ZZZ GmbH und Co KG, vertreten durch ***, auf Feststellung, daß durch den Widerruf der Ausschreibung das Bundesvergabegesetz verletzt und der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, wird gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVerG in Verbindung mit Paragraphen 16, Absatz eins, 53, 55, Absatz eins und 56 Absatz eins, BVerG abgewiesen.

Begründung:

Die Antragsteller stellten mit Antrag vom 6. Juli 1998 die im Spruch (1., 2.) ersichtlichen Begehren. Der zu Spruchpunkt 1 dargelegte Antrag wurde als Hauptantrag, der zu Spruchpunkt 2 dargelegte Antrag als Eventualantrag gestellt. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß der Widerruf der Ausschreibung durch die Auftraggeberin nicht rechtmäßig sei, da kein zwingender Grund im Sinne des § 56 BVerG vorgelegen sei. Die von der Auftraggeberin zur Begründung des Widerrufs herangezogene Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, eine Ausgabefrist für die Unterlagen des Vergabeverfahrens festzusetzen, könne einen Widerruf nicht rechtfertigen, da die zugrundeliegenden Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren kein unvorhergesehenes bzw. für den Auftraggeber unabwendbares Ereignis darstellten. Ferner könne weder der Ablauf der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagsfrist mit 20. 6. 1998 noch der Ablauf der Leistungsfrist für die Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten den Widerruf rechtfertigen. Laut Ausschreibung sei nämlich die Leistungserbringung bis Ende November 1998 möglich gewesen und sei daher die Vergabe auch nach der Entscheidung des Bundesvergabebeamten noch möglich gewesen. Der Ablauf der beiden Fristen sei auch deshalb unschädlich gewesen, da es der Auftraggeberin leicht möglich gewesen wäre, die Bieter mittels Telefonanruf oder Schreiben zu befragen, ob sie die Bindungswirkung ihrer Angebote verlängern würden. Die Antragsteller stellten mit Antrag vom 6. Juli 1998 die im Spruch (1., 2.) ersichtlichen Begehren. Der zu Spruchpunkt 1 dargelegte Antrag wurde als Hauptantrag, der zu Spruchpunkt 2 dargelegte Antrag als Eventualantrag gestellt. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß der Widerruf der Ausschreibung durch die Auftraggeberin nicht rechtmäßig sei, da kein zwingender Grund im Sinne des Paragraph 56, BVerG vorgelegen sei. Die von der Auftraggeberin zur Begründung des Widerrufs herangezogene Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, eine Ausgabefrist für die Unterlagen des Vergabeverfahrens festzusetzen, könne einen Widerruf nicht rechtfertigen, da die zugrundeliegenden Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren kein unvorhergesehenes bzw. für den Auftraggeber unabwendbares Ereignis darstellten. Ferner könne weder der Ablauf der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagsfrist mit 20. 6. 1998 noch der Ablauf der Leistungsfrist für die Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten den Widerruf rechtfertigen. Laut Ausschreibung sei nämlich die Leistungserbringung bis Ende November 1998 möglich gewesen und sei daher die Vergabe auch nach der Entscheidung des Bundesvergabebeamten noch möglich gewesen. Der Ablauf der beiden Fristen sei auch deshalb unschädlich gewesen, da es der Auftraggeberin leicht möglich gewesen wäre, die Bieter mittels Telefonanruf oder Schreiben zu befragen, ob sie die Bindungswirkung ihrer Angebote verlängern würden.

Durch den Ablauf der Leistungsfrist ändere sich der Vertragsgegenstand nicht. Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, den Antragstellern als Bestbieter den Zuschlag zu erteilen. Hinsichtlich der Zulässigkeit des Hauptantrages brachten die Antragsteller weiters vor, daß sich aus der Rechtsmittelrichtlinie RL 89/665 ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch auf Anfechtung aller Auftraggeberentscheidungen ergebe, weshalb auch der Widerruf selbst bekämpfbar sein müsse. Diese europarechtlich vorgesehene Bekämpfbarkeit des Widerrufs müsse auch im Anwendungsbereich der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten BGBl. Nr. 802/1995 gelten. Die Erstreckungsverordnung verweise auf die Stammfassung des Bundesvergabegesetzes. Der Gesetzgeber der

Stammfassung habe eine europarechtskonforme Umsetzung des Rechtsschutzes bezweckt. In europarechtskonformer Interpretation sei daher davon auszugehen, daß der Widerruf bekämpfbar sei. (Vergleiche OZ 1, Antrag und OZ 7, Verhandlungsschrift). Durch den Ablauf der Leistungsfrist ändere sich der Vertragsgegenstand nicht. Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, den Antragstellern als Bestbieter den Zuschlag zu erteilen. Hinsichtlich der Zulässigkeit des Hauptantrages brachten die Antragsteller weiters vor, daß sich aus der Rechtsmittelrichtlinie RL 89/665 ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch auf Anfechtung aller Auftraggeberentscheidungen ergebe, weshalb auch der Widerruf selbst bekämpfbar sein müsse. Diese europarechtlich vorgesehene Bekämpfbarkeit des Widerrufs müsse auch im Anwendungsbereich der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Bundesgesetzblatt Nr. 802 aus 1995, gelten. Die Erstreckungsverordnung verweise auf die Stammfassung des Bundesvergabegesetzes. Der Gesetzgeber der Stammfassung habe eine europarechtskonforme Umsetzung des Rechtsschutzes bezweckt. In europarechtskonformer Interpretation sei daher davon auszugehen, daß der Widerruf bekämpfbar sei. (Vergleiche OZ 1, Antrag und OZ 7, Verhandlungsschrift).

Das Land Tirol als Vertreterin der Auftraggeberin beantragte die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der gestellten Anträge. Für den Fall der Stattgebung des Eventualantrages wurde beantragt gemäß § 113 Abs. 3 BVergG festzustellen, daß die Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten. Das Land Tirol als Vertreterin der Auftraggeberin beantragte die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der gestellten Anträge. Für den Fall der Stattgebung des Eventualantrages wurde beantragt gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG festzustellen, daß die Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten.

Zur Begründung führte die Vertreterin der Auftraggeberin aus, daß im vorliegenden Vergabeverfahren nicht die ASFINAG, sondern das Land Tirol Auftraggeberin sei. Dieses sei auf Grund des Vertrages zwischen ASFINAG und Land Tirol vom 18. 7. 1997 tätig geworden (vergleiche OZ 6, Schriftsatz des Vertreters der Auftraggeberin). Der gegenständliche Auftrag sei ferner nicht als Erhaltungstätigkeit im Sinne des Punktes III/2 des zwischen Land Tirol und ASFINAG geschlossenen Vertrages anzusehen (OZ 7, Verhandlungsschrift). Die Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten sei als Bauauftrag anzusehen, der nicht in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes falle, da der einschlägige Schwellenwert gemäß § 6 Abs. 1 BVergG von ATS 67,591 Millionen Schilling nicht erreicht werde. Der geschätzte Auftragswert betrage nämlich 6 Millionen Schilling und erreiche daher auch nicht den Schwellenwert der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten gemäß § 2 Abs. 1 lit.b leg. cit in Höhe von ATS 7 Millionen Schilling. Darüber hinaus sei davon auszugehen, daß diese Erstreckungsverordnung nicht mehr in Geltung stehe, da sie auf Grund der Stammfassung des Bundesvergabegesetzes BGBl. Nr. 462/1993 erlassen worden sei und nunmehr das Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 gelte, welches im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage die Bestimmungen der ÖNORM 2050 schon per Gesetz auf Vergaben unterhalb des Schwellenwertes erstreckte, wohingegen die Ermächtigung zur Erlassung einer Erstreckungsverordnung im nunmehr geltenden Bundesvergabegesetz in einer gesonderten Bestimmung enthalten sei, welche nurmehr die Erstreckung des Rechtsschutzes des Bundesvergabegesetzes vorsehe. Die Rechtslage sei daher eine andere als jene nach der Stammfassung des Bundesvergabegesetzes, auf welche die Erstreckungsverordnung verweise, sodaß die Erstreckungsverordnung mangels gesetzlicher Deckung als nicht mehr geltend angesehen werden müsse. Zur Begründung führte die Vertreterin der Auftraggeberin aus, daß im vorliegenden Vergabeverfahren nicht die ASFINAG, sondern das Land Tirol Auftraggeberin sei. Dieses sei auf Grund des Vertrages zwischen ASFINAG und Land Tirol vom 18. 7. 1997 tätig geworden (vergleiche OZ 6, Schriftsatz des Vertreters der Auftraggeberin). Der gegenständliche Auftrag sei ferner nicht als Erhaltungstätigkeit im Sinne des Punktes III/2 des zwischen Land Tirol und ASFINAG geschlossenen Vertrages anzusehen (OZ 7, Verhandlungsschrift). Die Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten sei als Bauauftrag anzusehen, der nicht in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes falle, da der einschlägige Schwellenwert gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG von ATS 67,591 Millionen Schilling nicht erreicht werde. Der geschätzte Auftragswert betrage nämlich 6 Millionen Schilling und erreiche daher auch nicht den Schwellenwert der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Litera b, leg. cit in Höhe von ATS 7 Millionen Schilling. Darüber hinaus sei davon auszugehen, daß diese Erstreckungsverordnung nicht mehr in Geltung stehe, da sie auf Grund der Stammfassung des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 462 aus 1993, erlassen worden sei und nunmehr das Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, gelte, welches im Gegensatz zur vorherigen Rechtslage die Bestimmungen der ÖNORM 2050 schon per Gesetz auf Vergaben unterhalb des Schwellenwertes erstreckte,

wohingegen die Ermächtigung zur Erlassung einer Erstreckungsverordnung im nunmehr geltenden Bundesvergabegesetz in einer gesonderten Bestimmung enthalten sei, welche nurmehr die Erstreckung des Rechtsschutzes des Bundesvergabegesetzes vorsehe. Die Rechtslage sei daher eine andere als jene nach der Stammfassung des Bundesvergabegesetzes, auf welche die Erstreckungsverordnung verweise, sodaß die Erstreckungsverordnung mangels gesetzlicher Deckung als nicht mehr geltend angesehen werden müsse.

Zur Rechtmäßigkeit der Entscheidung, die Ausschreibung zu widerrufen, brachte die Vertreterin der Auftraggeberin vor, daß durch die vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 18. 6. 1998, N-15/98 ausgesprochene Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, eine Frist für die Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen festzusetzen, eine wesentliche Rechtswidrigkeit im Vergabeverfahren hervorgekommen sei, weshalb aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber die Ausschreibung widerrufen werden mußte. Darüber hinaus sei die Vergabe im Zeitpunkt der Erlassung der Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 18. 6. 1998 nicht mehr möglich gewesen, da der Zuschlag nicht mehr innerhalb der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagsfrist hätte erteilt werden können. Ferner sei die in der Ausschreibung für die Vornahme der Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn festgelegte Leistungsfrist bis 1. 6. 1998 ebenfalls schon abgelaufen gewesen. Die Vergabe des Auftrages sei daher auch aus diesen Gründen nicht mehr möglich gewesen.

Auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens (vergleiche Akt N-15/98-0260) und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 25. August 1998 (Verhandlungsschrift 027) wurden folgende Sachverhaltsfeststellungen getroffen:

Das Land Tirol hat am 18. 7. 1997 mit der ASFINAG einen Vertrag betreffend die Übernahme der Betriebs- und Erhaltungspflicht für im Land Tirol gelegene Autobahnen und höherangige Bundesstraßen durch das Land Tirol geschlossen. Gemäß Punkt III/2 dieses Vertrages sollte das Land Tirol bei diesen Tätigkeiten "namens- und auftrags" der ASFINAG tätig werden (vgl. OZ 6a, Auszug aus Akt N 15/98). Das Land Tirol hat am 18. 7. 1997 mit der ASFINAG einen Vertrag betreffend die Übernahme der Betriebs- und Erhaltungspflicht für im Land Tirol gelegene Autobahnen und höherangige Bundesstraßen durch das Land Tirol geschlossen. Gemäß Punkt III/2 dieses Vertrages sollte das Land Tirol bei diesen Tätigkeiten "namens- und auftrags" der ASFINAG tätig werden (vergleiche OZ 6a, Auszug aus Akt N 15/98).

Auf Grund dieses Vertrages schrieb das Land Tirol die hier gegenständliche Vergabe von Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn gemeinsam mit der Vergabe von Bodenmarkierungsarbeiten auf den Bundesstraßen und Landstraßen im Land Tirol am 18. 2. 1998 im amtlichen Lieferanzeiger aus (vgl. OZ 6a sowie Beweiswürdigung des Vorbringens des Vertreters der Auftraggeberin). In der Ausschreibung wurde eine Frist für die Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen bis zum 6. 3. 1998 festgelegt. Bis zur Angebotsöffnung am 20. März 1998 langten hinsichtlich der hier gegenständlichen Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn insgesamt 9 Angebote ein. Die Angebotspreise schwankten zwischen 4,257 Millionen Schilling und 7,294 Millionen Schilling. Sieben der Bieter erklärten Nachlässe für eine dreijährige bzw. eine fünfjährige Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten. Auf Grund dieses Vertrages schrieb das Land Tirol die hier gegenständliche Vergabe von Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn gemeinsam mit der Vergabe von Bodenmarkierungsarbeiten auf den Bundesstraßen und Landstraßen im Land Tirol am 18. 2. 1998 im amtlichen Lieferanzeiger aus (vergleiche OZ 6a sowie Beweiswürdigung des Vorbringens des Vertreters der Auftraggeberin). In der Ausschreibung wurde eine Frist für die Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen bis zum 6. 3. 1998 festgelegt. Bis zur Angebotsöffnung am 20. März 1998 langten hinsichtlich der hier gegenständlichen Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn insgesamt 9 Angebote ein. Die Angebotspreise schwankten zwischen 4,257 Millionen Schilling und 7,294 Millionen Schilling. Sieben der Bieter erklärten Nachlässe für eine dreijährige bzw. eine fünfjährige Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten.

Ein Bieter erklärte Nachlässe für den Fall einer nicht näher spezifizierten mehrjährigen Vergabe, (OZ 6a Angebotsöffnungsprotokoll).

In den Ausschreibungsbedingungen war eine generelle Ausführungsfrist bis zum Ablauf des Novembers 1998 festgesetzt. Hinsichtlich der Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn war abweichend hiervon eine Leistungsfrist bis zum 1. 6. 1998 vorgesehen. Ferner war eine Zuschlagsfrist bis zum 20. Juni 1998 vorgesehen.

Auf Grund von Nachprüfungsanträgen erklärte das Bundesvergabeamt die für alle gemeinsam durchgeführten Vergaben getroffene Zuschlagsentscheidung am 18. 6. 1998 mit Bescheid N-15/98 für nichtig, da bei der Zuschlagsentscheidung rechtswidrigerweise ein unzulässiger "Pakettrabatt" hinsichtlich aller, sowohl der die

Bundesstraßen betreffenden wie auch der die Landesstraßen betreffenden Vergaben berücksichtigt worden war.

Ferner wurde die Entscheidung der Auftraggeberin, eine Frist für die Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen bis zum 20. 3. 1998 festzusetzen, für nichtig erklärt, da eine solche Frist keine Grundlage im Bundesvergabegesetz finde und den zwingenden Bestimmungen betreffend die Angebotsfristen widerstreite. Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung des Bundesvergabebeamten widerrief die Auftraggeberin mit Schreiben vom 25. Juni 1998 die hier gegenständliche Ausschreibung betreffend die Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn.

Die Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel und insbesondere auf folgende Beweiswürdigung:

Das Vorbringen der Organe des Landes Tirol hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation ihrer vertraglichen Beziehungen zur ASFINAG bzw. hinsichtlich der Grundlage ihres Einschreitens betreffend die Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn war widersprüchlich. Einerseits wurde angegeben, daß die antragsgegenständliche Vergabe auf Grund des Vertrages vom 18. 7. 1997 erfolge, andererseits wurde angegeben, daß die Vergabe der Bodenmarkierungsarbeiten nicht als Instandsetzungs- bzw. Erhaltungsarbeiten im Sinne des Vertrages anzusehen seien, ohne daß eine andere rechtliche Grundlage für die Vergabe der die Bundesstraßen bzw. die Inntalautobahn betreffenden Bodenmarkierungsarbeiten namhaft gemacht werden konnte. Aus diesem Grund war davon auszugehen, daß die hier gegenständliche Vergabe auf Grund des erwähnten Vertrages zwischen ASFINAG und Land Tirol durch das Land Tirol als rechtsgeschäftlicher Stellvertreter der ASFINAG durchgeführt wurde.

Die Schätzung der Auftraggeberin betreffend den Auftragswert für das Jahr 1998 in Höhe von 6 Millionen Schilling war mangels gegenteiliger Hinweise im Hinblick auf die durchschnittlichen Preise der tatsächlich eingelangten Angebote als wahr anzunehmen. Nicht glaubwürdig war jedoch das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach keine mehrjährige Vergabe möglich gewesen wäre und die diesbezüglich von den Bietern angebotenen Nachlaßoptionen ohne Veranlassung durch die Auftraggeberin angeboten worden seien. Dieses Vorbringen steht nämlich in klarem Widerspruch zur ausdrücklichen Festlegung in der Ausschreibung. Laut Punkt 1.8 der Ausschreibungsbedingungen behielt sich die Auftraggeberin die Vergabe des Auftrages für den Zeitraum von einem oder mehreren Jahren vor, wobei festgelegt wurde, daß mangels anderer Angabe für mehrjährige Verträge für die Folgejahre jeweils das gleiche Auftragsvolumen gelten solle. Weiters widerspricht im Hinblick auf den Umstand, daß ausnahmslos alle Bieter Optionen für eine mehrjährige Vergabe angeboten haben, die Annahme, daß bloß ein Jahr zur Vergabe gelangen sollte, jeglicher Lebenserfahrung. Hinsichtlich der in diesem und im Verfahren N-15/98 vorgelegten schriftlichen Beweismitteln und Unterlagen des Vergabeverfahrens ist im übrigen kein Grund

hervorgekommen, der am Wahrheitsgehalt der Beweismittel Anlaß zu zweifeln gegeben hätte.

Die Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen.

I. Zur Zuständigkeit der Behörde römisch eins. Zur Zuständigkeit der Behörde:

Gemäß § 15 Z 2 BVergG ist Auftraggeber jede natürliche oder juristische Person, die vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Die Auftraggebereigenschaft richtet sich danach nur danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden sollte. Da das Land Tirol die Aufgaben der Straßenerhaltung laut Vertrag vom 18. 7. 97 namens und auftrags der ASFINAG ausführen sollte, ist die Tätigkeit des Landes Tirol für die ASFINAG als rechtsgeschäftliche Stellvertretung zu qualifizieren. Aus dem durch Organe des Landes Tirol geschlossenen Vertrag wäre daher gemäß § 1017 ABGB die ASFINAG berechtigt und verpflichtet worden, sodaß im vorliegenden Verfahren die ASFINAG als Auftraggeber anzusehen ist. Die ASFINAG ist eine zu 100% im Bundeseigentum stehende Gesellschaft, der mittels Gesetz die Rechte und Pflichten des Straßenerhalters an den Autobahnen eingeräumt wurden, (vgl. BGBl. I Nr. 113/1997, Infrastrukturfinanzierungsgesetz) und somit ein Unternehmen gemäß Art. 126b Abs. 2 B-VG, dem die Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art obliegt. Die ASFINAG ist daher als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 11 Abs. 1 Z 3 BVergG anzusehen. Für die Einordnung von Aufträgen als Bauaufträge iSv § 2 Abs. 1 Z 1 BVergG ist gemäß Anhang I BVergG die allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige ausschlaggebend. Diese wird durch die NACE-Verordnung 3037/90 grundgelegt und auf innerösterreichischer Ebene durch die ÖNACE 1995 (herausgegeben durch das Österreichische Statistische Zentralamt) näher erläutert. Nach Punkt 45.23.00 dieser Erläuterungen fällt die Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Autobahnen in die NACE- Untergruppe 502.5 (Straßenbaugewerbe). Da die Materialien zur Novelle 96 (RV 323 BlgNR 20.GP 104) hinsichtlich Anhangs I ausführen, daß die österreichische

Terminologie berücksichtigt werden soll, ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber der Novelle 96 die damals gebräuchliche Zuordnung von Tätigkeiten zu NACE Kategorien wie sie in der ÖNACE 1995 zum Ausdruck kommt, übernehmen wollte. Es ist davon auszugehen, daß Tätigkeiten die nach den im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle gebräuchlichen Erläuterungen der ÖNACE als Bautätigkeit qualifiziert wurden auch Bauaufträge iSv Anhang I bzw. § 2 Abs. 1 Z 1 BVergG sind. Der vorliegende Auftrag ist daher als Bauauftrag iSv § 2 Abs. 1 Z 1 BVergG bzw. § 2 Abs. 1 lit a Erstreckungsverordnung des BMwA, BGBl. Nr. 802/1995, zu qualifizieren (vgl auch BVA v. 24. 10. 1997, N-20/97-12). Unter Berücksichtigung des Umgehungsverbotes des § 6 Abs. 3 BVergG ist für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen gemäß § 6 Abs. 1 BVergG der Wert aller Auftragsteile, die nach der Ausschreibung zur Vergabe gelangen hätte können, heranzuziehen. Da nach der Ausschreibung jedenfalls eine mehrjährige Vergabe möglich war und unter mehrjährig jedenfalls mehr als zwei Jahre zu verstehen ist, beträgt der geschätzte Auftragswert im vorliegenden Fall jedenfalls ein Mehrfaches des allein für das Jahr 1998 mit ATS 6 Mio geschätzten Auftragswertes und andererseits nicht mehr als das Fünffache dieses Wertes, da keiner der Bieter eine mehr als fünfjährige Vergabe angeboten hat. Der geschätzte Auftragswert im Sinne des § 6 Abs. 1 BVergG beträgt daher im vorliegenden Fall mindestens ATS 18 Mio. und höchstens ATS 30 Mio. S. Gemäß Paragraph 15, Ziffer 2, BVergG ist Auftraggeber jede natürliche oder juristische Person, die vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Die Auftraggebereigenschaft richtet sich danach nur danach, wer zivilrechtlicher Vertragspartner werden sollte. Da das Land Tirol die Aufgaben der Straßenerhaltung laut Vertrag vom 18. 7. 97 namens und auftrags der ASFINAG ausführen sollte, ist die Tätigkeit des Landes Tirol für die ASFINAG als rechtsgeschäftliche Stellvertretung zu qualifizieren. Aus dem durch Organe des Landes Tirol geschlossenen Vertrag wäre daher gemäß Paragraph 1017, ABGB die ASFINAG berechtigt und verpflichtet worden, sodaß im vorliegenden Verfahren die ASFINAG als Auftraggeber anzusehen ist. Die ASFINAG ist eine zu 100% im Bundeseigentum stehende Gesellschaft, der mittels Gesetz die Rechte und Pflichten des Straßenerhalters an den Autobahnen eingeräumt wurden, vergleiche Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 113 aus 1997,, Infrastrukturfinanzierungsgesetz) und somit ein Unternehmen gemäß Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG, dem die Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art obliegt. Die ASFINAG ist daher als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG anzusehen. Für die Einordnung von Aufträgen als Bauaufträge iSv Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ist gemäß Anhang römisch eins BVergG die allgemeine Systematik der Wirtschaftszweige ausschlaggebend. Diese wird durch die NACE-Verordnung 3037/90 grundgelegt und auf innerösterreichischer Ebene durch die ÖNACE 1995 (herausgegeben durch das Österreichische Statistische Zentralamt) näher erläutert. Nach Punkt 45.23.00 dieser Erläuterungen fällt die Durchführung von Bodenmarkierungsarbeiten auf Autobahnen in die NACE- Untergruppe 502.5 (Straßenbaugewerbe). Da die Materialien zur Novelle 96 Regierungsvorlage 323 BlgNR 20.Gesetzgebungsperiode 104) hinsichtlich Anhangs römisch eins ausführen, daß die österreichische Terminologie berücksichtigt werden soll, ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber der Novelle 96 die damals gebräuchliche Zuordnung von Tätigkeiten zu NACE Kategorien wie sie in der ÖNACE 1995 zum Ausdruck kommt, übernehmen wollte. Es ist davon auszugehen, daß Tätigkeiten die nach den im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle gebräuchlichen Erläuterungen der ÖNACE als Bautätigkeit qualifiziert wurden auch Bauaufträge iSv Anhang römisch eins bzw. Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG sind. Der vorliegende Auftrag ist daher als Bauauftrag iSv Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG bzw. Paragraph 2, Absatz eins, Litera a, Erstreckungsverordnung des BMwA, Bundesgesetzblatt Nr. 802 aus 1995,, zu qualifizieren vergleiche auch BVA v. 24. 10. 1997, N-20/97-12). Unter Berücksichtigung des Umgehungsverbotes des Paragraph 6, Absatz 3, BVergG ist für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG der Wert aller Auftragsteile, die nach der Ausschreibung zur Vergabe gelangen hätte können, heranzuziehen. Da nach der Ausschreibung jedenfalls eine mehrjährige Vergabe möglich war und unter mehrjährig jedenfalls mehr als zwei Jahre zu verstehen ist, beträgt der geschätzte Auftragswert im vorliegenden Fall jedenfalls ein Mehrfaches des allein für das Jahr 1998 mit ATS 6 Mio geschätzten Auftragswertes und andererseits nicht mehr als das Fünffache dieses Wertes, da keiner der Bieter eine mehr als fünfjährige Vergabe angeboten hat. Der geschätzte Auftragswert im Sinne des Paragraph 6, Absatz eins, BVergG beträgt daher im vorliegenden Fall mindestens ATS 18 Mio. und höchstens ATS 30 Mio. S.

Die Bodenmarkierungsarbeiten stehen nicht im Zusammenhang mit anderen Instandsetzungsarbeiten an der Autobahn und sind daher nicht als Los eines Bauauftrages, sondern als ein Bauauftrag anzusehen. Der für Bauaufträge geltende Schwellenwert von ATS 67,591 Mio. S gemäß § 6 Abs. 1 BVergG wird nicht erreicht, sodaß eine Zuständigkeit

des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nur nach der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten BGBl. Nr. 802/1995 in Betracht kommt. Das gegen die Geltung der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten BGBl. 802/1995 gerichtete Vorbringen der Auftraggeberin ist verfehlt, da die Änderung der gesetzlichen Grundlagen einer Durchführungsverordnung die Geltung der Verordnung nicht berührt, sofern die Verordnung weiterhin in der Neufassung des Gesetzes Deckung findet (vgl. VfSlg. 2266/1952, 2326/1952, 11 643/1988, 12 634/1991). Das geltende Bundesvergabegesetz BGBl. I Nr. 56/1997 enthält in seinem § 14 die Ermächtigung zur Erstreckung des Rechtsschutzteiles. Die Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten BGBl. 802/1995 befindet sich demnach nicht im Widerspruch zur geltenden Gesetzeslage, soweit es sich um die Erstreckung des Rechtsschutzteiles des Bundesvergabegesetzes handelt und steht daher weiterhin in Geltung. Die Erstreckungsverordnung ist auch auf Auftragsvergaben der ASFINAG anwendbar, soweit diese ihrer Tätigkeit als Erhalter von Bundesstraßen zuordenbar sind, da die Verordnung gemäß ihres § 1 Abs. 1 auf die Vergabe von Bauleistungen im Bereich des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Anwendung findet und Angelegenheiten des Straßenbaus gemäß lit C Z 21 Anlage zu § 2 Bundesministeriengesetz 1986, BGBl. Nr. 76/1986, idF BGBl. I Nr. 1137/1997, in den Wirkungsbereich des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten fallen. Wie bereits oben dargelegt, steht die gegenständliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der Tätigkeit der ASFINAG als Straßenerhalter und fällt daher in den Geltungsbereich der Erstreckungsverordnung. Der nach dieser Verordnung gemäß § 2 Abs. 2 lit a. leg.cit. in Betracht kommende Schwellenwert von 7 Mio.S wird im vorliegenden Fall durch den in Hinblick auf die obigen Ausführungen bei mindestens 18 Mio.S anzusetzenden geschätzten Auftragswert jedenfalls überschritten, sodaß die antragsgegenständliche, einem dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Auftraggeber zurechenbare Vergabe eines Bauauftrages im Bereich des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten in den Geltungsbereich der Erstreckungsverordnung fällt und das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 113 BVergG zuständig ist. Die Bodenmarkierungsarbeiten stehen nicht im Zusammenhang mit anderen Instandsetzungsarbeiten an der Autobahn und sind daher nicht als Los eines Bauauftrages, sondern als ein Bauauftrag anzusehen. Der für Bauaufträge geltende Schwellenwert von ATS 67,591 Mio. S gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG wird nicht erreicht, sodaß eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nur nach der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Bundesgesetzblatt Nr. 802 aus 1995, in Betracht kommt. Das gegen die Geltung der Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Bundesgesetzblatt 802 aus 1995, gerichtete Vorbringen der Auftraggeberin ist verfehlt, da die Änderung der gesetzlichen Grundlagen einer Durchführungsverordnung die Geltung der Verordnung nicht berührt, sofern die Verordnung weiterhin in der Neufassung des Gesetzes Deckung findet (vergleiche VfSlg. 2266 aus 1952,, 2326 aus 1952,, 11 643 aus 1988,, 12 634 aus 1991,). Das geltende Bundesvergabegesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, enthält in seinem Paragraph 14, die Ermächtigung zur Erstreckung des Rechtsschutzteiles. Die Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Bundesgesetzblatt 802 aus 1995, befindet sich demnach nicht im Widerspruch zur geltenden Gesetzeslage, soweit es sich um die Erstreckung des Rechtsschutzteiles des Bundesvergabegesetzes handelt und steht daher weiterhin in Geltung. Die Erstreckungsverordnung ist auch auf Auftragsvergaben der ASFINAG anwendbar, soweit diese ihrer Tätigkeit als Erhalter von Bundesstraßen zuordenbar sind, da die Verordnung gemäß ihres Paragraph eins, Absatz eins, auf die Vergabe von Bauleistungen im Bereich des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten Anwendung findet und Angelegenheiten des Straßenbaus gemäß lit C Ziffer 21, Anlage zu Paragraph 2, Bundesministeriengesetz 1986, Bundesgesetzblatt Nr. 76 aus 1986,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 1137 aus 1997,, in den Wirkungsbereich des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten fallen. Wie bereits oben dargelegt, steht die gegenständliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der Tätigkeit der ASFINAG als Straßenerhalter und fällt daher in den Geltungsbereich der Erstreckungsverordnung. Der nach dieser Verordnung gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Litera a, leg.cit. in Betracht kommende Schwellenwert von 7 Mio.S wird im vorliegenden Fall durch den in Hinblick auf die obigen Ausführungen bei mindestens 18 Mio.S anzusetzenden geschätzten Auftragswert jedenfalls überschritten, sodaß die antragsgegenständliche, einem dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Auftraggeber zurechenbare Vergabe eines Bauauftrages im Bereich des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten in den Geltungsbereich der Erstreckungsverordnung fällt und das Bundesvergabeamt zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 113, BVergG zuständig ist.

I. Zu Spruch Pkt. 1:römisch eins. Zu Spruch Pkt. 1:

Gemäß § 113 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt nur bis zum Abschluß des Vergabeverfahrens zur Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung zuständig. Gemäß § 56 Abs. 1 BVergG endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung. Da die Auftraggeberin im vorliegenden Fall die Ausschreibung widerrufen hat und das Vergabeverfahren somit beendet ist, kommt die von Antragstellern begehrte Nichtigerklärung des Widerrufs nach geltendem Bundesvergabegesetz jedenfalls nicht in Betracht. Gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt nur bis zum Abschluß des Vergabeverfahrens zur Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung zuständig. Gemäß Paragraph 56, Absatz eins, BVergG endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung. Da die Auftraggeberin im vorliegenden Fall die Ausschreibung widerrufen hat und das Vergabeverfahren somit beendet ist, kommt die von Antragstellern begehrte Nichtigerklärung des Widerrufs nach geltendem Bundesvergabegesetz jedenfalls nicht in Betracht.

Ebensowenig kommt eine Nichtigerklärung des Widerrufs aufgrund einer allfälligen unmittelbaren Anwendung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665 in Betracht, da der gegenständliche Bauauftrag nicht den Schwellenwert der Richtlinie RL 93/37 (Baukoordinierungsrichtlinie) von ECU 5 Millionen erreicht und der Geltungsbereich der Richtlinie 89/665 (Rechtsmittelrichtlinie) gemäß ihres Artikels 1 Abs. 1 sich auf jene Vergabeverfahren beschränkt, die in den Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien der Gemeinschaft fallen. Die Frage, ob die Rechtsmittelrichtlinie zwingend die Anfechtbarkeit des Widerrufs erfordert, ist daher im gegenständlichen Verfahren nicht entscheidungserheblich. Ebenso wenig kommt eine Nichtigerklärung des Widerrufs aufgrund einer allfälligen unmittelbaren Anwendung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665 in Betracht, da der gegenständliche Bauauftrag nicht den Schwellenwert der Richtlinie RL 93/37 (Baukoordinierungsrichtlinie) von ECU 5 Millionen erreicht und der Geltungsbereich der Richtlinie 89/665 (Rechtsmittelrichtlinie) gemäß ihres Artikels 1 Absatz eins, sich auf jene Vergabeverfahren beschränkt, die in den Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien der Gemeinschaft fallen. Die Frage, ob die Rechtsmittelrichtlinie zwingend die Anfechtbarkeit des Widerrufs erfordert, ist daher im gegenständlichen Verfahren nicht entscheidungserheblich.

Ebenso verfehlt erweist sich das Vorbringen der Antragsteller, wonach eine Nichtigerklärung des Widerrufs möglich wäre, weil die zur Anwendung gelangende Erstreckungsverordnung auf die Stammfassung des Bundesvergabegesetzes BGBl. 462/1993 Bezug nehme und daher das Rechtsschutzinstrumentarium der Stammfassung anzuwenden sei, und unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Gesetzgebers der Stammfassung, ein europarechtskonformes Rechtsschutzinstrumentarium einzuführen, davon auszugehen sei, daß die Stammfassung die Nichtigerklärung des Widerrufs ermöglicht habe. Ebenso verfehlt erweist sich das Vorbringen der Antragsteller, wonach eine Nichtigerklärung des Widerrufs möglich wäre, weil die zur Anwendung gelangende Erstreckungsverordnung auf die Stammfassung des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt 462 aus 1993, Bezug nehme und daher das Rechtsschutzinstrumentarium der Stammfassung anzuwenden sei, und unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Gesetzgebers der Stammfassung, ein europarechtskonformes Rechtsschutzinstrumentarium einzuführen, davon auszugehen sei, daß die Stammfassung die Nichtigerklärung des Widerrufs ermöglicht habe.

Zunächst geht aus den Materialien der Stammfassung (vgl. RV 972 BlgNR 18. GP 67) nicht ausdrücklich hervor, daß der Gesetzgeber auch die Nichtigerklärung des Widerrufs für zulässig erklärt hätte. Darüberhinaus würde sich aber am Ergebnis nichts ändern, wenn nach der Stammfassung des Bundesvergabegesetzes die Nichtigerklärung des Widerrufs tatsächlich möglich gewesen wäre, da diese nach geltenden Bundesvergabegesetz jedenfalls nicht (mehr) in Betracht kommt. Nach der Rechtsprechung des VfGH gilt jedoch eine Durchführungsverordnung, deren gesetzlicher Grundlage durch ein späteres Gesetz derogiert wurde, nur insoweit als die Durchführungsverordnung im geltenden Gesetz Deckung findet (vgl. VfSlg. 2266/1952, 2326/1952, 11643/1988, 12634/1991). Selbst wenn die Erstreckungsverordnung mittels Verweis auf die Stammfassung des Bundesvergabegesetzes die Nichtigerklärung des Widerrufs vorgesehen hätte, wäre ihr durch die Novelle des Bundesvergabegesetzes BGBl. Nr. 776/1996 insoweit derogiert worden. Daher ist nach geltenden Recht eine Nichtigerklärung des Widerrufs weder im unmittelbaren Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes noch im Anwendungsbereich. Zunächst geht aus den Materialien der Stammfassung (vergleiche Regierungsvorlage 972 BlgNR 18. Gesetzgebungsperiode 67) nicht ausdrücklich hervor, daß der Gesetzgeber auch die Nichtigerklärung des Widerrufs für zulässig erklärt hätte. Darüberhinaus würde sich aber am Ergebnis nichts ändern, wenn nach der Stammfassung des Bundesvergabegesetzes die Nichtigerklärung des

Widerrufes tatsächlich möglich gewesen wäre, da diese nach geltenden Bundesvergabegesetz jedenfalls nicht (mehr) in Betracht kommt. Nach der Rechtsprechung des VfGH gilt jedoch eine Durchführungsverordnung, deren gesetzlicher Grundlage durch ein späteres Gesetz derogiert wurde, nur insoweit als die Durchführungsverordnung im geltenden Gesetz Deckung findet vergleiche VfSlg. 2266 aus 1952,, 2326 aus 1952,, 11643 aus 1988,, 12634 aus 1991,). Selbst wenn die Erstreckungsverordnung mittels Verweis auf die Stammfassung des Bundesvergabegesetzes die Nichtigkeitserklärung des Widerrufs vorgesehen hätte, wäre ihr durch die Novelle des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 776 aus 1996, insoweit derogiert worden. Daher ist nach geltenden Recht eine Nichtigkeitserklärung des Widerrufs weder im unmittelbaren Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes noch im Anwendungsbereich

der Erstreckungsverordnung möglich.

Mangels gesetzlicher Grundlage war daher der Hauptantrag der Antragsteller spruchgemäß zurückzuweisen.

II. Zu Spruch Pkt. 2:römisch zwei. Zu Spruch Pkt. 2:

Das Vorbringen der Antragsteller, wonach der Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig gewesen sei, da hierfür keine zwingenden Gründe vorgelegt seien, erweist sich als unbegründet. Gemäß § 55 Abs. 1 BVergG ist die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen. Nach den Materialien liegen solche zwingenden Gründe insbesondere dann vor, wenn nach Ablauf der Angebotsfrist Umstände bekanntwerden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten (vgl. RV 972 BlgNR 18.GP 16). Diese Definition von zwingenden Gründen, welche den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen, ist jedoch nicht als abschließende zu verstehen, da die Materialien sie ausdrücklich lediglich als Beispiel eines Widerrufsgrunds anführen. Unter Berücksichtigung der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber sowie des freien und lauterer Wettbewerbes gemäß § 16 Abs. 1 BVergG ist auch dann von einem zwingenden Widerrufsgrund auszugehen, wenn die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzen würde. Im vorliegenden Fall hätte die Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach der Nichtigkeitserklärung der Auftraggeberentscheidungen durch den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18. Juni 1998, N-15/98, jedenfalls wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt. Gemäß § 53 BVergG ist der Zuschlag gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen. In der gegenständlichen Ausschreibung war für die Ausführung der hier gegenständlichen Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn eine Leistungsfrist bis zum 1. Juni 1998 vorgesehen. Diese Sonderregelung wich von den für die sonstigen Leistungen festgelegten Leistungsfristen, auf welche sich die Antragsteller beziehen, ab. Nach dem 1. Juni 1998 wäre daher eine Erteilung des Zuschlages nur unter Abänderung dieser in der Ausschreibung festgelegten Leistungsfrist und sohin nur durch entsprechende nachträgliche Änderung der abgegebenen Angebote möglich gewesen. Verfehlt ist das Vorbringen der Antragsteller, wonach eine solche Änderung deshalb unbeachtlich gewesen wäre, weil sie den zivilrechtlichen Leistungsgegenstand nicht abgeändert hätte. Dieses Vorbringen ist schon zivilrechtlich falsch, da unter Berücksichtigung der saisonalen Verkehrsschwankungen, wie sie insbesondere auf der Inntalautobahn vorhanden sind, der Zeitpunkt der Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten jedenfalls geeignet ist, den Inhalt der Leistungserbringung zu beeinflussen. Vergaberechtlich ist dieses Vorbringen der Antragsteller grundlegend verfehlt, da jede Abweichung von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens wäre (vgl. EuGH v. 25. 4. 1996 Rechtssache 87/94, Wallonische Busse Rz 89), sofern die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz nicht gewahrt werden können. Diese Grundsätze hätten im vorliegenden Fall bei einer nachträglichen Abänderung der Leistungsfrist keinesfalls gewahrt werden können, da eine Änderung des Leistungszeitraumes Änderungen der unternehmerischen Disposition der Bieter erfordern würde, die nicht allen Bietern möglich sein könnten bzw. jene Bewerber, die im Hinblick auf die festgelegten Leistungsfristen von einer Bewerbung abgesehen haben, benachteiligen würde. Das Vorbringen der Antragsteller, wonach der Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig gewesen sei, da hierfür keine zwingenden Gründe vorgelegt seien, erweist sich als unbegründet. Gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG ist die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen. Nach den Materialien liegen solche zwingenden Gründe insbesondere dann vor, wenn nach Ablauf der Angebotsfrist Umstände bekanntwerden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten vergleiche Regierungsvorlage 972 BlgNR 18.Gesetzgebungsperiode 16). Diese Definition von zwingenden Gründen, welche den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen, ist jedoch nicht als abschließende zu verstehen, da die Materialien sie

ausdrücklich lediglich als Beispiel eines Widerrufsgrunds anführen. Unter Berücksichtigung der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber sowie des freien und lauten Wettbewerbes gemäß Paragraph 16, Absatz eins, BVergG ist auch dann von einem zwingenden Widerrufsgrund auszugehen, wenn die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzen würde. Im vorliegenden Fall hätte die Fortsetzung des Vergabeverfahrens nach der Nichtigerklärung der Auftraggeberentscheidungen durch den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18. Juni 1998, N-15/98, jedenfalls wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt. Gemäß Paragraph 53, BVergG ist der Zuschlag gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen. In der gegenständlichen Ausschreibung war für die Ausführung der hier gegenständlichen Bodenmarkierungsarbeiten auf der Inntalautobahn eine Leistungsfrist bis zum 1. Juni 1998 vorgesehen. Diese Sonderregelung wich von den für die sonstigen Leistungen festgelegten Leistungsfristen, auf welche sich die Antragsteller beziehen, ab. Nach dem 1. Juni 1998 wäre daher eine Erteilung des Zuschlages nur unter Abänderung dieser in der Ausschreibung festgelegten Leistungsfrist und sohin nur durch entsprechende nachträgliche Änderung der abgegebenen Angebote möglich gewesen. Verfehlt ist das Vorbringen der Antragsteller, wonach eine solche Änderung deshalb unbeachtlich gewesen wäre, weil sie den zivilrechtlichen Leistungsgegenstand nicht abgeändert hätte. Dieses Vorbringen ist schon zivilrechtlich falsch, da unter Berücksichtigung der saisonalen Verkehrsschwankungen, wie sie insbesondere auf der Inntalautobahn vorhanden sind, der Zeitpunkt der Ausführung von Bodenmarkierungsarbeiten jedenfalls geeignet ist, den Inhalt der Leistungserbringung zu beeinflussen. Vergaberechtlich ist dieses Vorbringen der Antragsteller grundlegend verfehlt, da jede Abweichung von den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens wäre (vergleiche EuGH v. 25. 4. 1996 Rechtssache 87/94, Wallonische Busse Rz 89), sofern die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz nicht gewahrt werden können. Diese Grundsätze hätten im vorliegenden Fall bei einer nachträglichen Abänderung der Leistungsfrist keinesfalls gewahrt werden können, da eine Änderung des Leistungszeitraumes Änderungen der unternehmerischen Disposition der Bieter erfordern würde, die nicht allen Bietern möglich sein könnten bzw. jene Bewerber, die im Hinblick auf die festgelegten Leistungsfristen von einer Bewerbung abgesehen haben, benachteiligen würde.

Da nach dem 1. Juni 1998 also eine Erteilung des Zuschlages gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen nicht mehr möglich war, war die Ausschreibung schon aus diesem Grund zwingend zu widerrufen. Darüberhinaus ist auch durch die oben bezogene Entscheidung des Bundesvergabeamtes, mit welcher die Entscheidung der Auftraggeberin, Fristen für die Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen festzusetzen, welche die zwingenden Gesetzesbestimmungen über die Angebotsfrist verletzten, ein zwingender Grund für den Widerruf der Ausschreibung offenbar geworden.

Eine solche Fristsetzung kommt nämlich im Ergebnis einer Vorverlegung des Termins des Ablaufs der Angebotsfrist gleich und ist dadurch potentiell geeignet, den Kreis der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter zu beeinflussen. Es besteht die Möglichkeit, daß Bieter am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht teilgenommen haben, da sie diese rechtswidrige Frist bereits versäumt hatten. Rechtswidrige Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind aber jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechts anzusehen (vgl. EuGH 22. 6. 1993 Rechtssache C-243/89 Storebaelt Rz 26). Eine solche Fristsetzung kommt nämlich im Ergebnis einer Vorverlegung des Termins des Ablaufs der Angebotsfrist gleich und ist dadurch potentiell geeignet, den Kreis der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter zu beeinflussen. Es besteht die Möglichkeit, daß Bieter am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht teilgenommen haben, da sie diese rechtswidrige Frist bereits versäumt hatten. Rechtswidrige Auftraggeberentscheidungen, die geeignet sind, den Kreis der Bewerber oder Bieter zu beeinflussen, sind aber jedenfalls als wesentliche Verletzungen des Vergaberechts anzusehen (vergleiche EuGH 22. 6. 1993 Rechtssache C-243/89 Storebaelt Rz 26).

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, daß zwingende Widerrufsgründe vorlagen und der Widerruf der Ausschreibung rechtmäßig war. Die Eventualanträge der Antragsteller waren daher spruchgemäß abzuweisen.

Veröffentlichungen

wbl 1999/164 = Connex 1998/10, 49

Schlagworte

Begriffsbestimmungen, Auftraggeber, Stellvertretung; Geltungsbereich, persönlicher, Unternehmen des Bundes, im

Allgemeininteresse liegende Aufgaben, ASFINAG; Geltungsbereich, sachlicher, Bauaufträge, Straßenmarkierungsarbeiten; Erweiterung des Rechtsschutzbereiches, Erstreckungsverordnung des BMwA, Fortgeltung auch nach dem BVergG 1997; Erweiterung des Rechtsschutzbereiches, Erstreckungsverordnung des BMwA, Geltungsbereich, im Zuständigkeitsbereich des BMwA tätige Unternehmen; Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Entscheidung des Auftraggebers, Widerruf der Ausschreibung; Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist, zwingender Grund, Grundsätze des Vergabeverfahrens, Verletzung; Geltungsbereich, sachlicher, Schwellenwert, Berechnung, Option auf mehrjährigen Vertrag, Optionsrechte, Umgehungsverbot; Ausschreibung, Ausfolgung der Angebotsunterlagen, Frist im offenen Verfahren unzulässig; Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist, zwingender Grund, Grundsätze des Vergabeverfahrens, Verletzung;

Dokumentnummer

VERGT_19980825_N_20_98_9_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