

TE Verg Bescheid 1998/6/10 N-4/98-17

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.06.1998

Norm

BVergG 1997 §24 Abs1

BVergG 1997 §24 Abs2

BVergG 1997 §29 Abs1

BVergG 1997 §109 Abs1 Z3

BVergG 1997 §113 Abs2

AVG §37

AVG §39 Abs2

Verordnung (EWG) Nr 3037/90 des Rates vom 9.10.1990 betreffend die statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (ABl 1990 L 293 S 1)

1. AVG § 37 heute
2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
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:

Der Senat 3 des Bundesvergabeamtes hat am 20. Mai 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Ernst Reitermaier mit den Beisitzern Generalanwalt i. R. Dr. Peter Reindl und Dr. Johannes Schenk betreffend das Vergabeverfahren "Generalerneuerung Neumarkt 1998 (Straßen- und Brückenbau im Baulos Autobahnstrecke Ybbs - Autobahnstrecke Amstetten-Ost" durch die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Seilergasse 16, 1010 Wien, über die Anträge der XXX Handels- und Montage GmbH, ***, vertreten durch ***, und der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Seilergasse 16, 1010 Wien, wie folgt entschieden: Der Senat 3 des Bundesvergabeamtes hat am 20. Mai 1998 unter dem Vorsitz von Dr. Ernst Reitermaier mit den Beisitzern Generalanwalt i. R. Dr. Peter Reindl und Dr. Johannes Schenk betreffend das Vergabeverfahren "Generalerneuerung Neumarkt 1998 (Straßen- und Brückenbau im Baulos Autobahnstrecke Ybbs - Autobahnstrecke Amstetten-Ost" durch

die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Seilergasse 16, 1010 Wien, über die Anträge der römisch 30 Handels- und Montage GmbH, ***, vertreten durch ***, und der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft, Seilergasse 16, 1010 Wien, wie folgt entschieden:

Spruch:

I. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 13. Mai 1998 auf Zurückweisung des Antrages der XXX Handels- und Montage GmbH vom 3. April 1998 gemäß § 113 Abs. 3 Bundesvergabegesetz BGBl. I Nr. 56/1997 (BVergG) wird abgewiesen.römisch eins. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 13. Mai 1998 auf Zurückweisung des Antrages der römisch 30 Handels- und Montage GmbH vom 3. April 1998 gemäß Paragraph 113, Absatz 3, Bundesvergabegesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, (BVergG) wird abgewiesen.

II. Der Antrag der XXX Handels- und Montage GmbH vom 3. April 1998 gemäß § 113 Abs. 3 BVergG auf Feststellung, daß wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, wird abgewiesen.römisch zwei. Der Antrag der römisch 30 Handels- und Montage GmbH vom 3. April 1998 gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG auf Feststellung, daß wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, wird abgewiesen.

III. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 13. Mai 1998 gemäß § 113 Abs. 3 BVergG auf Feststellung, daß die XXX Handels- und Montage GmbH auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird abgewiesen.römisch drei. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 13. Mai 1998 gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG auf Feststellung, daß die römisch 30 Handels- und Montage GmbH auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird abgewiesen.

IV. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 13. Mai 1998 gemäß § 118 Abs. 3 BVergG i.V.m. § 35 AVG vom auf Verhängung einer Mutwillensstrafe über die XXX Handels- und Montage GmbH wird zurückgewiesen.römisch vier. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 13. Mai 1998 gemäß Paragraph 118, Absatz 3, BVergG in Verbindung mit Paragraph 35, AVG vom auf Verhängung einer Mutwillensstrafe über die römisch 30 Handels- und Montage GmbH wird zurückgewiesen.

V. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 24. April 1998 auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 39 Abs. 2 AVG wird abgewiesen.römisch fünf. Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vom 24. April 1998 auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG wird abgewiesen.

Begründung:

Die Abteilung Bundesstraßenbau des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung schrieb im Auftrag der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft am 4. Dezember 1997 im Amtlichen Lieferanzeiger die "Generalerneuerung Neumarkt 1998" (Straßen- und Brückenbau) Baulos AST Ybbs - AST Amstetten Ost, RFB Wien aus. Die Antragstellerin rügt in ihrem Antrag vom 25. Feber 1998 auf Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, daß in der Ausschreibung lediglich die Möglichkeit zur Abgabe von Gesamtangeboten vorgesehen war. Dadurch sei ihr die Teilnahme am Vergabeverfahren verwehrt, da ihr Tätigkeitsbereich nur einen Teil des gegenständlichen Auftrages umfasse.

Zur Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung bringt die Antragstellerin vor, nach § 24 Abs. 2 BVergG seien Leistungen verschiedener Zweige der Wirtschaft unter Beachtung der Bestimmungen des § 24 Abs. 3 BVergG getrennt zu vergeben. Der Bau beziehungsweise die Erneuerung von Straßen sei Teil eines eigenen Wirtschaftszweiges, der von jenem Wirtschaftszweig verschieden sei, dem die Lieferung und Installation von Straßenzubehör zuzuordnen sei. Maßgebliche wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte, die eine Vergabe im Wege einer Gesamtausschreibung notwendig machen würden, bestünden nicht. Daraus folge, daß die Auftraggeberin gesetzlich verpflichtet sei, die oben genannten Teile des gegenständlichen Auftrages getrennt auszuschreiben.Zur Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung bringt die Antragstellerin vor, nach Paragraph 24, Absatz 2, BVergG seien Leistungen verschiedener Zweige der

Wirtschaft unter Beachtung der Bestimmungen des Paragraph 24, Absatz 3, BVergG getrennt zu vergeben. Der Bau beziehungsweise die Erneuerung von Straßen sei Teil eines eigenen Wirtschaftszweiges, der von jenem Wirtschaftszweig verschieden sei, dem die Lieferung und Installation von Straßenzubehör zuzuordnen sei. Maßgebliche wirtschaftliche und technische Gesichtspunkte, die eine Vergabe im Wege einer Gesamtausschreibung notwendig machen würden, bestünden nicht. Daraus folge, daß die Auftraggeberin gesetzlich verpflichtet sei, die oben genannten Teile des gegenständlichen Auftrages getrennt auszuschreiben.

Der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist ein Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z. 3 BVergG. Der Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren ist ein Auftraggeber gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG.

Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. ATS 106 Millionen und übersteigt damit jedenfalls den gemäß § 6 Abs. 1 BVergG erforderlichen Schwellenwert von 5 Millionen ECU, das sind ATS 67.036.083,-. Der geschätzte Auftragswert beträgt ca. ATS 106 Millionen und übersteigt damit jedenfalls den gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG erforderlichen Schwellenwert von 5 Millionen ECU, das sind ATS 67.036.083,-.

Somit ist das Bundesvergabegesetz auf die gegenständliche Auftragsvergabe anwendbar.

Zu I. Zu römisch eins.

Die Formulierung der Antragstellerin in der Verhandlung vom 3. April 1998, nicht die gegenständliche Vergabe sei das primäre Interesse der Antragstellerin, sondern eine allgemeine Klärung der Rechtsfrage im Sinne der von ihr vorgelegten deutschen Judikate, legt schon für sich hinreichend klar dar, daß die Klärung der grundsätzlichen Rechtsfrage nicht das alleinige Interesse der Antragstellerin darstellt. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin die Klärung einer Rechtsfrage in einem konkreten Vergabeverfahren, von welcher Auswirkungen auf künftige Vergabeverfahren zu erwarten sind. Daher ist die von ihr begehrte Entscheidung zweifellos eine solche im Sinne des § 113 Abs. 3 BVergG und nicht, wie die Auftraggeberin vermeint, ein Begehren auf Erstattung eines Gutachtens über die Durchführung des Auftragsvertrages, für welches lediglich eine Zuständigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission gegeben wäre. Gegen eine solche Annahme spricht auch, daß ein solches Gutachten gemäß § 109 Abs. 4 BVergG nur auf Ersuchen der vergebenden Stelle oder der jeweils in Betracht kommenden Interessenvertretung erstellt wird. Die Antragstellerin hat ein Interesse am Abschluß eines Vertrages hinsichtlich der Erbringung von Arbeiten im Rahmen des ausgeschriebenen Bauvorhabens behauptet, welcher dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegt. Es ist unzutreffend, ihr entgegenzuhalten, diese Arbeiten seien nicht als eigener Vertrag ausgeschrieben worden und sie habe deshalb kein Interesse i.S. des § 115 BVergG, da sie kein Interesse am gesamten Auftrag habe. Gerade die Zulässigkeit der Gesamtausschreibung stellt ja den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens dar. Daher liegen auch die Voraussetzungen des § 115 Abs. 1 BVergG vor. Die Formulierung der Antragstellerin in der Verhandlung vom 3. April 1998, nicht die gegenständliche Vergabe sei das primäre Interesse der Antragstellerin, sondern eine allgemeine Klärung der Rechtsfrage im Sinne der von ihr vorgelegten deutschen Judikate, legt schon für sich hinreichend klar dar, daß die Klärung der grundsätzlichen Rechtsfrage nicht das alleinige Interesse der Antragstellerin darstellt. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin die Klärung einer Rechtsfrage in einem konkreten Vergabeverfahren, von welcher Auswirkungen auf künftige Vergabeverfahren zu erwarten sind. Daher ist die von ihr begehrte Entscheidung zweifellos eine solche im Sinne des Paragraph 113, Absatz 3, BVergG und nicht, wie die Auftraggeberin vermeint, ein Begehren auf Erstattung eines Gutachtens über die Durchführung des Auftragsvertrages, für welches lediglich eine Zuständigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission gegeben wäre. Gegen eine solche Annahme spricht auch, daß ein solches Gutachten gemäß Paragraph 109, Absatz 4, BVergG nur auf Ersuchen der vergebenden Stelle oder der jeweils in Betracht kommenden Interessenvertretung erstellt wird. Die Antragstellerin hat ein Interesse am Abschluß eines Vertrages hinsichtlich der Erbringung von Arbeiten im Rahmen des ausgeschriebenen Bauvorhabens behauptet, welcher dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegt. Es ist unzutreffend, ihr entgegenzuhalten, diese Arbeiten seien nicht als eigener Vertrag ausgeschrieben worden und sie habe deshalb kein Interesse i.S. des Paragraph 115, BVergG, da sie kein Interesse am gesamten Auftrag habe. Gerade die Zulässigkeit der Gesamtausschreibung stellt ja den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens dar. Daher liegen auch die Voraussetzungen des Paragraph 115, Absatz eins, BVergG vor.

Somit ist der Antrag auf Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 BVergG zulässig. Somit ist der Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG zulässig.

Zu II. Zu römisch zwei.

In gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht ist bezüglich der Frage Gesamt- oder Teilvergabe zu beachten, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber die deutsche Praxis der gewerksweisen Vergabe bei der Richtlinienerrlassung gekannt und zumindest stillschweigend toleriert hat. Der Regelfall, den er dabei vor Augen hatte, war aber jener der Gesamtvergabe. Bei allen Richtlinienänderungen hat er den Begriff des Bauauftrages immer mehr erweitert, um Vertragsformen zu erfassen, die noch über die Beauftragung eines Generalunternehmers hinaus auf die Einbeziehung von Totalunternehmern und sogar Totalübernehmern zielen. Generalanwalt Gulman hat in seinem Schlußantrag der Rs C-389/92 (Ballast Nedam) ausgeführt:

1. "26. Ziffer 26

Es ist wohl richtig, daß - wie die Kommission und in gewissem Umfang auch die Klägerin geltend gemacht haben - aufgrund der genannten Gegebenheiten angenommen werden kann, daß die Kriterien, die sich aus den Artikeln 23-26 der Richtlinie ergeben, den Umständen nach so zu verstehen sind, daß sie von Bietergemeinschaften und juristischen Personen, die die betreffenden Arbeiten nicht selbst ausführen können, erfüllt werden können...

2. 28. Ziffer 28

Dieses Ergebnis scheint mir auch am besten mit dem Ziel der Richtlinie übereinzustimmen, die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge zu verwirklichen und dafür zu sorgen, daß hierfür keine unnötigen Hindernisse geschaffen werden."

Zwar gelten diese Ausführungen zunächst nur im Zusammenhang mit der Aufnahme eines Unternehmens in eine Bieterliste, das Recht auf Zulassung zur Ausschreibung kann aber nicht von der Ausführungsberechtigung im Zuschlagsfall getrennt werden. Daraus zeigt sich ein sehr weiter gemeinschaftsrechtlicher Bauauftragsbegriff, aus dem kein Vorbehalt zugunsten einer gewerksweisen Vergabe abzuleiten ist.

Selbst wenn man daher die grundsätzliche Gemeinschaftsrechtskonformität der gewerksweisen Vergabe annimmt, ist sie als Ausnahme zum Regelfall der Gesamtvergabe zu sehen, auch wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Voraussetzungen für ihre Aktivierung genannt hat. Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen - insbesondere auf den freien Niederlassungs- und Dienstleistungsverkehr - sind dabei aber zu beachten. Daraus ergibt sich, daß das Gemeinschaftsrecht der gewerksweisen Vergabe neutral gegenüber steht. Ein Vorbehalt zu ihren Gunsten läßt sich daraus keinesfalls ableiten.

Auf innerstaatlicher Ebene werden Gesamt- und Teilvergabe in § 24 BVergG geregelt. Die Formulierung des Absatz 1 lautet: Auf innerstaatlicher Ebene werden Gesamt- und Teilvergabe in Paragraph 24, BVergG geregelt. Die Formulierung des Absatz 1 lautet:

Zusammengehörige Leistungen sind grundsätzlich ungeteilt zu vergeben, um eine einheitliche Ausführung und eine eindeutige Gewährleistung sicherzustellen. Besonders umfangreiche Leistungen können örtlich, zeitlich oder nach Menge und Art gestellt vergeben werden. Aus dem Wort "grundsätzlich" folgt, daß zur Regel der ungeteilten Vergabe Ausnahmen bestehen. Von diesen ist im zweiten Satz des Absatzes 1 die Rede, unter einer geteilten Vergabe nach der Art ist eine gewerksweise Vergabe zu verstehen.

Diese ist nur zulässig, wenn es sich um "besonders umfangreiche Leistungen" handelt. Eine rein ziffernmäßige Bestimmung greift bei der Beurteilung des Umfanges jedoch zu kurz, der Begriff Umfang der Leistung hat ebenfalls weder einen ausschließlich wirtschaftlichen noch einen ausschließlich technischen Gehalt. Der an sich unbestimmte Begriff ist im Zusammenhang mit einer normalen Standardleistung zu sehen. Erst im Vergleich mit dieser ist feststellbar, ob der Leistungsumfang des konkreten Projektes besonders umfangreich ist oder nicht.

Dabei ist zunächst von der Sicht des Auftraggebers und seinen eigenen technischen und wirtschaftlichen Fähigkeiten auszugehen. Ebenfalls ist die Größe des Projektes im Verhältnis zur Struktur der für die Ausführung in Betracht kommenden Unternehmen von Bedeutung. In noch größerem Maße sind die Schutzobjekte der Regelbestimmung zu berücksichtigen: Einheitliche Ausführung und eindeutige Gewährleistung. Dabei ist letztere nicht nur aus Sicht des Auftraggebers, sondern auch aus jener des Auftragnehmers zu sehen. Diese ist nämlich auch nach seinen rechtlichen Möglichkeiten zu beurteilen. So darf der Auftraggeber dem Unternehmer insbesondere keine Verpflichtung auferlegen, die dieser aufgrund von Rechtsvorschriften nicht eingehen darf. Es ist etwa unzulässig, eine nur zur Planung befugte Person mit Ausführungsarbeiten zu belasten. Es ist dabei aber auch auf den Rahmen der Rechtsvorschriften Rücksicht zu nehmen, die mehreren Unternehmern unterschiedlicher Art das projektspezifische Zusammenwirken erlauben (Hauptunternehmer - Subunternehmer). Die Stellung des Auftraggebers ist insofern zu berücksichtigen, als dieser in

der Regel einen einzigen Gewährleistungsträger bevorzugen wird. Selbst außerordentlich große Aufträge können also dann geteilt werden, wenn und soweit dies nicht eine einheitliche Ausführung und Gewährleistung gefährdet. Im Hinblick auf diese Grundsätze kann man im Tiefbau davon ausgehen, daß die unternehmerische Fähigkeit, welche sich aus wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit zusammensetzt, und die tatsächliche Erfahrung üblicherweise das für das Bauwerk als technische und wirtschaftliche Einheit notwendige Ausmaß aufweist. Der Auftraggeber kann davon ausgehen, daß sich aufgrund der Ausschreibung eine - im Verhältnis zur Projektgröße - hinreichend große Anzahl von Unternehmen findet, die zur Übernahme und weitgehenden Eigenausführung in der Lage sind. Lediglich in einigen unter- und nachgeordneten Bereichen der Leistungserbringung (z.B. die Leittechnik eines Straßentunnels) muß der Auftraggeber davon ausgehen, daß die Erbringung der Gesamtleistung durch den Auftragnehmer den Einsatz spezialisierter Partner durch diesen erfordert.

Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für die geteilte Vergabe stellt § 29 Abs. 1 zweiter Satz auf, wonach zu einem Gesamtvorhaben gehörige Ausschreibungen einzelner Fachgebiete sachlich und terminlich abzustimmen und in gleicher Weise rechtzeitig zu veranlassen sind. Diese Bestimmung überwälzt im Falle einer gewerksweisen Vergabe das Koordinierungsrisiko und das Risiko des technischen und funktionellen Erfolgs des Gesamtsystems Bauwerk auf den Auftraggeber. Er ist nur berechtigt, eine gewerksweise Vergabe durchzuführen, wenn und insoweit er selbst imstande ist, dieses Risiko zu tragen. Das kann er aber nur, soweit er dazu die notwendigen Fähigkeiten besitzt. Andernfalls hat er zwingend Sachverständige beizuziehen. Der Sachverständige haftet aber nur im Wege der Sachverständigenhaftung gemäß § 1299 f ABGB und vermag daher weder das Koordinations- noch das Erfolgsrisiko des Auftragnehmers zu übernehmen. Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für die geteilte Vergabe stellt Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz auf, wonach zu einem Gesamtvorhaben gehörige Ausschreibungen einzelner Fachgebiete sachlich und terminlich abzustimmen und in gleicher Weise rechtzeitig zu veranlassen sind. Diese Bestimmung überwälzt im Falle einer gewerksweisen Vergabe das Koordinierungsrisiko und das Risiko des technischen und funktionellen Erfolgs des Gesamtsystems Bauwerk auf den Auftraggeber. Er ist nur berechtigt, eine gewerksweise Vergabe durchzuführen, wenn und insoweit er selbst imstande ist, dieses Risiko zu tragen. Das kann er aber nur, soweit er dazu die notwendigen Fähigkeiten besitzt. Andernfalls hat er zwingend Sachverständige beizuziehen. Der Sachverständige haftet aber nur im Wege der Sachverständigenhaftung gemäß Paragraph 1299, f ABGB und vermag daher weder das Koordinations- noch das Erfolgsrisiko des Auftragnehmers zu übernehmen.

Wenn daher § 24 Abs. 1 BVergG die Regel der Gesamtvergabe aufstellt, ist das Risiko der gewerksweisen Vergabe und damit der Leistungsteilung an den dort genannten Normzwecken Eindeutigkeit der Gewährleistung und Einheitlichkeit der Ausführung zu messen. Die Übernahme des Koordinationsrisikos gefährdet die Einheitlichkeit der Ausführung, die Übernahme des Erfolgsrisikos die Eindeutigkeit der Gewährleistung, da der Auftraggeber die Gesamtfunktion des Bauwerks nicht mehr im Wege der Gewährleistung geltend machen kann, sondern diese sich auf die Teilleistungen beschränkt. Daher darf der Auftraggeber im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes nur dann gewerksweise ausschreiben, wenn er imstande ist, diese Risiken aus eigenen Mitteln auszugleichen. Wenn daher Paragraph 24, Absatz eins, BVergG die Regel der Gesamtvergabe aufstellt, ist das Risiko der gewerksweisen Vergabe und damit der Leistungsteilung an den dort genannten Normzwecken Eindeutigkeit der Gewährleistung und Einheitlichkeit der Ausführung zu messen. Die Übernahme des Koordinationsrisikos gefährdet die Einheitlichkeit der Ausführung, die Übernahme des Erfolgsrisikos die Eindeutigkeit der Gewährleistung, da der Auftraggeber die Gesamtfunktion des Bauwerks nicht mehr im Wege der Gewährleistung geltend machen kann, sondern diese sich auf die Teilleistungen beschränkt. Daher darf der Auftraggeber im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes nur dann gewerksweise ausschreiben, wenn er imstande ist, diese Risiken aus eigenen Mitteln auszugleichen.

Daher wird nur der Auftraggeber regelmäßig gewerksweise ausschreiben können, der selbst über die notwendigen technischen und personellen Ressourcen zur Durchführung des Vergabeverfahrens und anschließend zu Überwachung und Abwicklung des Bauvorhabens verfügt.

§ 24 Abs. 2 BVergG lautet: Paragraph 24, Absatz 2, BVergG lautet:

Leistungen verschiedener Zweige der Wirtschaft sind unter Beachtung der Bestimmungen des Abs. 3 getrennt zu vergeben. Leistungen verschiedener Zweige der Wirtschaft sind unter Beachtung der Bestimmungen des Absatz 3, getrennt zu vergeben.

Der Begriff "Leistungen verschiedener Zweige der Wirtschaft" hat eine ganz bestimmte Bedeutung, da in § 2 Abs. 1 Z. 1 BVergG in Zusammenhang mit Bauaufträgen ausdrücklich auf die "Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten" verweist. Dieser

Anhang I enthält in Entsprechung zur Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Baukoordinierungsrichtlinie) einen ausdrücklichen Verweis auf die Verordnung der EWG Nr. 3037/90 (NACE). Daher darf dem in der NACE determinierten Ausdruck kein anderer Bedeutungsinhalt zugemessen werden, als der, den die Verordnung ausdrücklich festlegt. Art. 2 lautet folgendermaßen: Der Begriff "Leistungen verschiedener Zweige der Wirtschaft" hat eine ganz bestimmte Bedeutung, da in Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Zusammenhang mit Bauaufträgen ausdrücklich auf die "Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang römisch eins genannten Tätigkeiten" verweist. Dieser Anhang römisch eins enthält in Entsprechung zur Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Baukoordinierungsrichtlinie) einen ausdrücklichen Verweis auf die Verordnung der EWG Nr. 3037/90 (NACE). Daher darf dem in der NACE determinierten Ausdruck kein anderer Bedeutungsinhalt zugemessen werden, als der, den die Verordnung ausdrücklich festlegt. Artikel 2, lautet folgendermaßen:

Es wird eine gemeinsame Grundlage für statistische Systematiken der Wirtschaftszweige in den Europäischen Gemeinschaften - im folgenden "NACE Rev. 1" genannt - eingeführt. NACE Rev. 1 setzt sich zusammen aus:

- -Strichaufzählung einer ersten Ebene, deren Positionen mit einem alphabetischen Code identifiziert sind (Abschnitte),
- -Strichaufzählung einer Zwischenstufe, deren Positionen mit einem doppelten alphabetischen Code identifiziert sind (Unterabschnitte),
- -Strichaufzählung einer zweiten Ebene, deren Positionen mit einem zweistelligen numerischen Code identifiziert sind (Abteilungen),
- -Strichaufzählung einer dritten Ebene, deren Positionen mit einem dreistelligen numerischen Code identifiziert sind (Gruppen),
- -Strichaufzählung einer vierten Ebene, deren Positionen mit einem vierstelligen numerischen Code identifiziert sind (Klassen).

(2) Die NACE Rev. 1 ist dieser Verordnung als Anhang beigelegt.

Art. 3 lautet: Artikel 3, lautet:

(1) Die Dienststellen der Kommission setzen die NACE Rev. 1 für alle Statistiken über die Wirtschaftszweige ein.

(2) Die Statistiken der Mitgliedstaaten über die Wirtschaftszweige werden unter Verwendung der NACE Rev. 1 oder einer davon abgeleiteten nationalen Wirtschaftszweigsystematik erstellt, für die folgendes gilt:

a) Die nationalen Wirtschaftszweigsystematiken umfassen Ebenen, die denen der NACE Rev. 1 insofern entsprechen, als sich jede der Ebenen entweder aus den gleichen Positionen wie die entsprechende Ebene der NACE Rev. 1 oder aus Positionen, die eine genaue Zerlegung der jeweiligen Ebene darstellen, zusammensetzt.

Daraus ergibt sich zunächst, daß die Verordnung von einer Klassifizierung von Wirtschaftszweigen nach Klassen erfolgt. Klasse im Sinn der NACE Rev. 1 ist für die Baukoordinierungsrichtlinie die Klasse 50 "Baugewerbe", die sich aus den fünf Gruppen 500 (allgemeines Baugewerbe), 501 (Rohbaugewerbe/Hochba), 502 (Tiefbau), 503 (Bauinstallation) und 504 (Hausbaugewerbe/Ausbaugewerbe), diese wieder gegliedert in Positionen, zusammensetzt. Diese Positionen spiegeln alle zu einem Bauvorhaben im Regelfall gehörigen Gewerke wider. Der Wirtschaftszweig ist und bleibt aber die Klasse 50 und heißt daher Baugewerbe, die Gewerke oder Fachlose sind mit den Positionen identisch. Daher spricht sowohl die Baukoordinierungsrichtlinie als auch das BVergG ausdrücklich von "in Zusammenhang mit Anhang II" beziehungsweise "Anhang I" genannten Tätigkeiten.

Die Bedeutung des Begriffes "Wirtschaftszweige" ist damit durch die NACE eindeutig determiniert, eine anderslautende Auslegung verbietet allein schon der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes. Somit kommt § 24 Abs. 2 BVergG als Träger eines gesetzlichen Vorbehaltes zugunsten einer gewerkweisen Vergabe nicht in Betracht. Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß ein öffentlicher Bauauftrag nur dann gewerkweise vergeben werden darf, wenn er nach Art und Größe besonders umfangreich ist und trotz Teilung einheitliche Ausführung und eindeutige Gewährleistung sichergestellt sind. Bei Einhaltung des Ermessensspielraumes durch den Auftraggeber läßt sich weder ein Anspruch auf gewerkweise Vergabe noch auf Gesamtvergabe eines Bauauftrages begründen. Die Bedeutung des Begriffes "Wirtschaftszweige" ist damit durch die NACE eindeutig determiniert, eine anderslautende Auslegung verbietet allein

schon der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes. Somit kommt Paragraph 24, Absatz 2, BVergG als Träger eines gesetzlichen Vorbehaltes zugunsten einer gewerkweisen Vergabe nicht in Betracht. Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß ein öffentlicher Bauauftrag nur dann gewerkweise vergeben werden darf, wenn er nach Art und Größe besonders umfangreich ist und trotz Teilung einheitliche Ausführung und eindeutige Gewährleistung sichergestellt sind. Bei Einhaltung des Ermessensspielraumes durch den Auftraggeber läßt sich weder ein Anspruch auf gewerkweise Vergabe noch auf Gesamtvergabe eines Bauauftrages begründen.

Hinsichtlich einer Interpretation des § 24 BVergG in Analogie zur (deutschen) VOB/A ist vor auszuschicken, daß die VOB/A eine spezialisierte Baunorm ist, während § 24 BVergG den gesamten Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes betrifft. Folglich erscheint eine analoge Interpretation zumindest problematisch. Die von der Antragstellerin vorgelegten Entscheidungen von Gerichten der Bundesrepublik Deutschland haben den in § 4.3 der VOB/A normierten Grundsatz der Fachlosvergabe zur Grundlage, gemäß dem Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebranchen in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben sind. Dieser ist der Regelung des § 24 BVergG diametral entgegengesetzt. Somit sind die vorgelegten Entscheidungen im gegenständlichen Fall unbeachtlich. Im übrigen führt auch das "Allgemeine Rundschreiben Straßenbau Nr. 31/1997" des Bundesministeriums für Verkehr der Bundesrepublik Deutschland die Verbesserung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs unter wirtschaftliche und technische Gründe für die Gesamtvergabe an. Hinsichtlich einer Interpretation des Paragraph 24, BVergG in Analogie zur (deutschen) VOB/A ist vor auszuschicken, daß die VOB/A eine spezialisierte Baunorm ist, während Paragraph 24, BVergG den gesamten Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes betrifft. Folglich erscheint eine analoge Interpretation zumindest problematisch. Die von der Antragstellerin vorgelegten Entscheidungen von Gerichten der Bundesrepublik Deutschland haben den in Paragraph 4 Punkt 3, der VOB/A normierten Grundsatz der Fachlosvergabe zur Grundlage, gemäß dem Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebranchen in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben sind. Dieser ist der Regelung des Paragraph 24, BVergG diametral entgegengesetzt. Somit sind die vorgelegten Entscheidungen im gegenständlichen Fall unbeachtlich. Im übrigen führt auch das "Allgemeine Rundschreiben Straßenbau Nr. 31/1997" des Bundesministeriums für Verkehr der Bundesrepublik Deutschland die Verbesserung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs unter wirtschaftliche und technische Gründe für die Gesamtvergabe an.

Zu III. Zu römisch drei.

Das Bundesvergabeamt ist gemäß § 113 Abs. 3 zweiter Satz BVergG ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Eine solche Feststellung sagt aus, daß bei Stattgebung eines Antrages gemäß § 113 Abs. 3 erster Satz BVergG die festgestellte rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers nicht den antragstellenden Bieter um die Zuschlagserteilung gebracht hat. Im Falle einer Abweisung eines Antrages gemäß § 113 Abs. 3 BVergG erster Satz kommt die Feststellung gemäß § 113 Abs. 3 zweiter Satz BVergG daher nicht in Betracht. Das Bundesvergabeamt ist gemäß Paragraph 113, Absatz 3, zweiter Satz BVergG ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Eine solche Feststellung sagt aus, daß bei Stattgebung eines Antrages gemäß Paragraph 113, Absatz 3, erster Satz BVergG die festgestellte rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers nicht den antragstellenden Bieter um die Zuschlagserteilung gebracht hat. Im Falle einer Abweisung eines Antrages gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG erster Satz kommt die Feststellung gemäß Paragraph 113, Absatz 3, zweiter Satz BVergG daher nicht in Betracht.

Zu IV. Zu römisch vier.

Auf Verhängung einer Mutwillensstrafe steht niemandem ein Anspruch zu (VwGH 20. 8. 1987, 85/12/0022). Daher war der Antrag auf Verhängung einer Mutwillensstrafe zurückzuweisen, wurde von der Behörde jedoch als Anregung aufgefaßt.

Wie bereits unter I. ausgeführt, stellt nicht die Erlangung eines Gutachtens gemäß § 109 Abs. 1 Z. 2 BVergG sondern vielmehr die Entscheidung des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Auslegung einer konkreten Bestimmung des Bundesvergabegesetzes, deren Ergebnis keineswegs von vorne herein für jeden klar erkennbar sein mußte, das

Interesse der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren dar. Daher kann von einer "Nutz- und Zwecklosigkeit des Anbringens" der Antragstellerin keine Rede sein. Somit ist ein offenbar mutwilliges Inanspruchnehmen der Tätigkeit der Behörde im Sinne des § 35 AVG nicht gegeben. Wie bereits unter römisch eins. ausgeführt, stellt nicht die Erlangung eines Gutachtens gemäß Paragraph 109, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sondern vielmehr die Entscheidung des Bundesvergabeamtes hinsichtlich der Auslegung einer konkreten Bestimmung des Bundesvergabegesetzes, deren Ergebnis keineswegs von vorne herein für jeden klar erkennbar sein mußte, das Interesse der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren dar. Daher kann von einer "Nutz- und Zwecklosigkeit des Anbringens" der Antragstellerin keine Rede sein. Somit ist ein offenbar mutwilliges Inanspruchnehmen der Tätigkeit der Behörde im Sinne des Paragraph 35, AVG nicht gegeben.

Die Angabe der Antragstellerin über den Schaden im Antrag vom 26. Feber 1998, der die Kosten der Angebotserstellung anführt, trifft zwar nicht zu, da die Antragstellerin kein Angebot gelegt hat, ist jedoch offensichtlich auf einen Fehler in der Textverarbeitung zurückzuführen. Abgesehen davon ist diese Angabe jedoch nicht relevant, da die Antragstellerin als Schaden auch einen möglichen Gewinn geltend gemacht hat, der dadurch entgangen ist, daß ein Unternehmer an einem Vergabeverfahren überhaupt nicht teilnehmen konnte, und somit der Tatbestand des § 115 Abs. 5 Z. 4 BVergG erfüllt ist. Ebenso wenig ist also eine Absicht zur Verschleppung der Angelegenheit durch unrichtige Angaben gegeben. Die Angabe der Antragstellerin über den Schaden im Antrag vom 26. Feber 1998, der die Kosten der Angebotserstellung anführt, trifft zwar nicht zu, da die Antragstellerin kein Angebot gelegt hat, ist jedoch offensichtlich auf einen Fehler in der Textverarbeitung zurückzuführen. Abgesehen davon ist diese Angabe jedoch nicht relevant, da die Antragstellerin als Schaden auch einen möglichen Gewinn geltend gemacht hat, der dadurch entgangen ist, daß ein Unternehmer an einem Vergabeverfahren überhaupt nicht teilnehmen konnte, und somit der Tatbestand des Paragraph 115, Absatz 5, Ziffer 4, BVergG erfüllt ist. Ebenso wenig ist also eine Absicht zur Verschleppung der Angelegenheit durch unrichtige Angaben gegeben.

Daher liegen die Voraussetzungen für eine Mutwillensstrafe gemäß § 118 Abs. 3 BVergG i.V.m. § 35 AVG nicht vor. Daher liegen die Voraussetzungen für eine Mutwillensstrafe gemäß Paragraph 118, Absatz 3, BVergG in Verbindung mit Paragraph 35, AVG nicht vor.

Zu V. Zu römisch fünf.

Den Parteien im Verwaltungsverfahren ist gemäß § 37 AVG Gelegenheit zu geben, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen. Gemäß § 39 Abs. 2 AVG ist eine mündliche Verhandlung von Amts wegen oder auf Antrag durchzuführen. Gegen die Ablehnung eines solchen Antrages ist kein Rechtsmittel zulässig. Die Behörde hat sich bei all diesen Verfügungen von Rücksichten auf mögliche Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Den Parteien im Verwaltungsverfahren ist gemäß Paragraph 37, AVG Gelegenheit zu geben, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen. Gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG ist eine mündliche Verhandlung von Amts wegen oder auf Antrag durchzuführen. Gegen die Ablehnung eines solchen Antrages ist kein Rechtsmittel zulässig. Die Behörde hat sich bei all diesen Verfügungen von Rücksichten auf mögliche Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.

Die Behörde verfügt somit bei der Gestaltung des Ermittlungsverfahrens über ein Ermessen, welches durch das Kriterium der materiellen Wahrheit des § 37 AVG sowie durch die oben genannten Kriterien des § 39 AVG determiniert ist. Das im oben auszugsweise zitierten § 37 AVG statuierte Prinzip des Parteiengehörs umfaßt insbesondere keinen Rechtsanspruch auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung (VwSlgNF 9543 A; VwGH 21. 12. 1929, A 409/28; 28. 1. 1971, ZI 665/69). Weiters bedeutet die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung nicht, daß die Behörde verhalten wäre, alle Beweise im Rahmen dieser Verhandlung zu erheben (VwGH 20. 9. 1967, 523/66). Die Behörde verfügt somit bei der Gestaltung des Ermittlungsverfahrens über ein Ermessen, welches durch das Kriterium der materiellen Wahrheit des Paragraph 37, AVG sowie durch die oben genannten Kriterien des Paragraph 39, AVG determiniert ist. Das im oben auszugsweise zitierten Paragraph 37, AVG statuierte Prinzip des Parteiengehörs umfaßt insbesondere keinen Rechtsanspruch auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung (VwSlgNF 9543 A; VwGH 21. 12. 1929, A 409/28; 28. 1. 1971, ZI 665/69). Weiters bedeutet die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung nicht, daß die Behörde verhalten wäre, alle Beweise im Rahmen dieser Verhandlung zu erheben (VwGH 20. 9. 1967, 523/66).

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren fand am 3. April 1998 eine mündliche Verhandlung statt, in der die Parteien Gelegenheit hatten, ihre Standpunkte vorzutragen. Der Auftraggeber hatte die Möglichkeit, zur

Urkundenvorlage der Antragstellerin vom 16. April 1998, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 21. April 1998, welche rechtliches Vorbringen bezüglich der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland zum Inhalt hatte, Stellung zu beziehen. Dies erfolgte mit Stellungnahme des Auftraggebers vom 8. Mai 1998, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 13. Mai 1998. Damit wurde den Parteien in ausreichender Weise Gelegenheit eingeräumt, zur Klärung des Sachverhaltes beizutragen und ihre rechtlichen Standpunkte darzulegen beziehungsweise zum rechtlichen Standpunkt der Gegenseite Stellung zu nehmen. Die Würdigung der rechtlichen Aspekte oblag nunmehr dem erkennenden Senat.

Schlagworte

Nachprüfungsverfahren, Zulässigkeit, notwendiger Bezug zu konkretem Vergabeverfahren, keine Klärung allgemeiner bzw abstrakter Rechtsfragen, Gutachtensverfahren; Gesamtvergabe, Teilvergabe, gewerksweise Vergabe, Voraussetzungen, besonders umfangreiche Leistungen; Nachprüfungsverfahren, Verfahrensgestaltung, rechtliches Gehör, mündliche Verhandlung; Gesamtvergabe, Teilvergabe, verschiedene Wirtschaftszweige, Maßgeblichkeit der NACE-Verordnung;

Dokumentnummer

VERGT_19980610_N_4_98_17_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