

Entscheidende Behörde

Bundesvergabeamt

Entscheidungsdatum

06.11.2007

Geschäftszahl

N/0089-BVA/11/2007-20

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A 14 Rheintal Autobahn, Pfändertunnel, Planung der betriebs- u. sicherheitstechnischen Einrichtungen sowie dazugehörige bauliche Maßnahmen" der Auftraggeberin Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, gemäß § 329 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), wie folgt entschieden:

Spruch

Die einstweilige Verfügung vom 2. Oktober 2007, GZ N/0089- BVA/11/2007-7EV, wird von Amts wegen erstreckt: Der Lauf der Angebotsfrist wird bis zum 18. Dezember 2007, ausgesetzt und der Auftraggeberin bis zum selben Datum untersagt, die eingelangten Angebote zu öffnen.

Begründung

Die ASFINAG Bau Management GmbH (in der Folge Auftraggeberin) schrieb den verfahrensgegenständlichem Auftrag durch Bekanntmachung vom 11.8.2007, veröffentlicht im Supplement zum ABL 2007/S 154-192178 aus. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, der dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Die durch die Ausschreibung vorgegebene Angebotsfrist endet am 2.10.2007, 10.00 Uhr.

Der gegenständliche Antrag begehrt die Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. von Teilen der Ausschreibung. Begründend bringt die Antragstellerin vor, die Ausschreibungsunterlagen enthielten rechtswidrige Regelungen über die vertiefte Angebotsprüfung. So werde die Angemessenheit der Preise iSd § 125 BVerG 2006 dergestalt festgelegt, dass bei mehr als 35% Abweichung vom Mittelwert der abgegebenen und der entsprechend der Bestimmung des § 108 BVerG 2006 ermittelten Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen werde), das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden werde. Die Auftraggeberin habe diesen Ausscheidensgrund damit begründet, dass die Erfahrung gezeigt habe, dass viele Auftragnehmer nach Auftragsvergabe ihren billigen Angebotspreis durch Nachträge und entsprechendes Claim-Management an den tatsächlichen Aufwand anzupassen versuchten. Um solchen Vorgangsweisen entgegen zu steuern, würde sie Angebote ausscheiden, die unter dem von der Auftraggeberin gemäß den Ausschreibungsbestimmungen ermittelten Mittelwert lägen. Nach Ansicht des Antragstellers widerspreche diese Begründung den Intentionen des Gesetzgebers und sei auch inhaltlich nicht nachvollziehbar. Um berechnete Nachtragsforderungen zu vermeiden, müssten nur die Leistungsbeschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis sorgfältig ausgearbeitet werden. Der von der Auftraggeberin verwendete Ausscheidensgrund führe aus Bietersicht zu einem Glücksspiel, da die für den Mittelwert relevanten Parameter unbekannt seien. Darüber hinaus biete diese Ausschreibungsbestimmung auch ein hohes Manipulationspotential, da auch die Kostenschätzung der Auftraggeberin in die Mittelwertmethode einfließe, diese Kostenschätzung den Bieter aber nicht bekannt gegeben werde. Diesbezügliche Anfragen des Antragstellers seien bis dato unbeantwortet geblieben. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Kostenschätzung von der Auftraggeberin nach Vorliegen der Angebote so erstellt werde, dass ein der Auftraggeberin genehmer Bieter den Zuschlag erhalte. Die gegenständliche Ausschreibungsbestimmung verstoße gegen § 130 BVerG 2006 sowie

gegen § 125 BVergG 2006 und habe auch der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach die von der Auftraggeberin verwendete Preisprüfungsmethode für rechtswidrig erklärt.

In Pkt. 1,305.2.2 des Teils A - 1 der Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass Referenzen sowohl als Eignungs- als auch als Zuschlagskriterien verwertet werden könnten. Eine Doppelverwertung von Referenzen als Eignungs- u. als Zuschlagskriterien sei jedoch sowohl nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als auch nach der ständigen Rechtsprechung des BVA unzulässig.

Gemäß Teil A - 1 Pkt.1, 305.2.4 der Ausschreibungsunterlagen werde die Art der Ausbildung und der Berufserfahrung des Projektleiters und des Projektleiterstellvertreters bewertet. Dabei handle es sich aber, wie aus § 75 Abs 7 Z 5 BVergG 2006 hervorgehe, in Wahrheit um ein Eignungskriterium. Die Ausbildung einer für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Person, wie insbesondere eines Projektleiters, werde vom Gesetz eindeutig als unternehmensbezogenes Eignungskriterium gewertet. Aus diesem Grund könne auch dieses Kriterium nicht als auftragsbezogenes Zuschlagskriterium herangezogen werden. Weiters sei dieses Subkriterium auch unsachlich und diskriminierend, da laut Ausschreibung im Wesentlichen bloß österreichische akademische Titel bewertet würden. Es würden zwar nach dem Ausschreibungswortlaut auch dem österreichischen Bildungssystem vergleichbare Ausbildungen gewertet, der Nachweis der Gleichwertigkeit sei aber vom Bieter zu erbringen. Völlig unbestimmt sei, was die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang unter einer vergleichbaren oder gleichwertigen Ausbildung verstehe. Schon aus diesem Grund könne der von der Auftraggeberin verlangte Nachweis faktisch nicht erbracht werden.

Gemäß Teil A - 3 Pkt. 3.1 der Ausschreibungsunterlagen gelten als rechtliche Vertragsbestimmungen die ÖNORM B 2118. Diese Regelung verstoße gegen § 99 Abs 2 BVergG 2006, da nach dem Gesetzestext es sich bei "Leitlinien" nicht um solche handeln könne, die der Auftraggeber selbst für sich gestaltet habe. Laut § 99 Abs 2 BVergG 2006 seien Leitlinien nur solche, die von dritter Seite zur Verfügung stünden. Die Auftraggeberin habe festgelegt, dass die ÖNORM B 2118 als allgemeine rechtliche Vertragsbestimmung gelten solle. Diese ÖNORM sei jedoch noch gar keine ÖNORM, weil sie als sogenannter "Gründruck" bloß im Entwurf vorliege und der als Grundprinzip von ÖNORMEN geltende Konsens derzeit überhaupt noch nicht vorliege. Hinzu komme noch, dass der vorliegende Entwurf der ÖNORM für Bauleistungen, nicht jedoch für, wie im gegenständlichen Fall ausgeschrieben, Dienstleistungen erstellt worden sei. Bei dem durch die Auftraggeberin herangezogenen Entwurf der ÖNORM B 2118 handle es sich daher um keine geeignete Leitlinie iSd § 99 Abs 2 BVergG 2006.

Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen seien von den Bietern im Teil B (Leistungsverzeichnis) der Ausschreibungsunterlagen auszupreisen. Es seien darin nahezu ausschließlich Pauschalpreise anzubieten. Obwohl bis auf wenige Ausnahmen Pauschalpreise anzubieten und darüber hinaus sämtliche zur Erreichung des Projektzieles erforderlichen Leistungen einzukalkulieren seien, sei die im Teil 2 enthaltene Leistungsbeschreibung jedoch sowohl inhaltlich als auch umfänglich unvollständig. So sei etwa in Teil A-2 in Pkt. 2.1 die Projektbeschreibung enthalten, also im Wesentlichen eine grobe Bestandsaufnahme (1. Röhre des Pfändertunnels) samt einer Kurzbeschreibung der vorgesehenen baulichen Maßnahmen (Neuerichtung einer zweiten Röhre und Sanierung bzw. Adaptierung der bereits bestehenden ersten Röhre). Bereits in diesem Zusammenhang sei die Leistungsbeschreibung unzulänglich, da insbesondere eine für die Kalkulation von Planungsleistungen entscheidende Schätzung der Herstellungskosten fehle. Zum Teil sei auch völlig unklar, welche baulichen Maßnahmen tatsächlich zu erbringen und daher vom Bieter zu planen seien. In Pkt. 2.1.2 Teil A-2 seien insbesondere unzureichende Maßnahmenbeschreibungen enthalten. So werde durch die Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass der Bestand der ersten Röhre aufgrund der Errichtung der zweiten Röhre zu adaptieren, gegebenenfalls zu erweitern oder zu erneuern sei. Es mache jedoch für den Planungsaufwand einen maßgeblichen Unterschied, ob der Bestand bloß zu adaptieren oder aber zu erweitern oder zu erneuern sei. Die Ausschreibung lasse diese Fragen jedoch unbeantwortet. Teilweise würden in der Ausschreibung Umfang und Art der Planungsleistungen von der Auftraggeberin nur exemplarisch und oberflächlich angegeben. Da im vorliegenden Fall zum überwiegenden Teil vom tatsächlichen Aufwand und den Herstellkosten unabhängige Pauschalpreise verlangt würden, seien jedoch der Umfang und die Art der zu erbringenden Planungsleistungen von entscheidender Bedeutung für die Preiskalkulation. Die Verwendung von Begriffen wie "unter anderem", "usw.", "etc.", "z.B." und "im Wesentlichen" sei symptomatisch für die gesamte Leistungsbeschreibung, wobei die Auftraggeberin damit das Risiko einer unvollständigen Aufzählung der zu erbringenden Dienstleistungen auf den Bieter überwälze. In der Projektbeschreibung lege die Auftraggeberin selbst offen, dass ihre Leistungsbeschreibung unvollständig sei. Dies gehe aus Pkt. 2.1.3 des Teiles A-2, in welchem der Leistungsumfang beschrieben werde hervor. Im Anschluss an diese Bestimmung folge im Ausschreibungstext eine exemplarische, also ebenso unvollständige, Aufzählung von Leistungen. Hinzu komme, dass bei einigen dieser bloß exemplarisch genannten Leistungen nicht einmal ansatzweise abschätzbar sei, welcher Arbeitsaufwand damit verbunden sein werde. Bei vielen Leistungen hänge der zu kalkulierende Arbeitsaufwand der Bieter maßgeblich von unbekanntem Entscheidungen Dritter oder von Umständen ab, die für die Bieter nicht vorhersehbar seien, so z.B. Anzahl der eingereichten und daher zu öffnenden und zu prüfenden Angebote für die Herstellungsleistungen. Auch Pkt. 2.2 des Teiles A-2 enthalte Aufgabenbeschreibungen, wo die

Auftraggeberin einleitend neuerlich auf die Unvollständigkeit ihrer Leistungsbeschreibung und den bloß exemplarischen Charakter der beschriebenen Leistungen hinweise.

In Pkt. 2.2 des Teiles A-2 sei insbesondere die Teilnahme an Besprechungen während der Planungs- u. Projektierungsphase vorgesehen. Die tatsächlich zu kalkulierende Anzahl von Besprechungen und deren jeweiliges zeitliches Ausmaß seien völlig offen. Im Leistungsverzeichnis Teil B sei zwar für Projektbesprechungen ausnahmsweise keine Pauschale vorgesehen, sondern ein Tagsatz, es sei aber einerseits die Dauer der einzelnen Besprechungen unklar, andererseits gelte dieser Tagsatz ausschließlich für Projektbesprechungen gemeinsam mit dem Auftraggeber.

Pkt. 2.2.4 des Teils A-2 beschreibe die Ausführungsplanung. Die darin angeführten Leistungen seien allerdings hinsichtlich ihres Umfangs und des damit verbundenen Aufwandes ebenfalls nicht hinreichend bestimmt. Weiters enthalte die Leistungsbeschreibung ("Aufgabenbeschreibung") Leistungen, die zumindest hinsichtlich des damit verbundenen Aufwandes von zum Zeitpunkt der Angebotslegung unbekanntem Leistungen Dritter abhängen.

Pkt. 2.2.5 des Teiles A-2 beschreibe die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang mit der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für die auszuführenden Gewerke. Auch hier enthalte der Text der Leistungsbeschreibung zahlreiche Abstimmungserfordernisse ohne auch nur ansatzweise den damit verbundenen Aufwand offen zu legen. Im Ergebnis könne diese Regelung etwa dazu führen, dass der Auftragnehmer die von ihm für die einzelnen Gewerke erstellten Ausschreibungsunterlagen beliebig oft überarbeiten oder abändern müsse und zwar unabhängig davon, ob sie gesetzeskonform seien.

Pkt. 2.2.6 des Teiles A-2 beschreibe die vom Auftragnehmer für die einzelnen Gewerke zu erbringenden Leistungen. Es handle sich beim Ausschreibungspaket um pauschal zu vergütende Leistungen. Mit einer einzigen Ausnahme ("Erstellen eines Auftragsschreibens mit AG, ÖBA und BK") sei der Umfang der angeführten Leistungen unbestimmt. Der mit diesen Leistungen verbundene Aufwand hänge nämlich maßgeblich von Faktoren ab, die den Bietern zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht bekannt seien (z.B. Anzahl der Angebote und Bieter für ausführende Gewerke, Qualität dieser Angebote, Anzahl und Art der Bieteranfragen je Gewerk etc.).

Pkt. 2.2.8 des Teiles A-2 beschreibe "allgemeine Aufgaben", die ebenfalls mit den angebotenen Preisen abgegolten seien. Zu diesen Aufgaben zähle etwa ein umfangreiches und ausreichendes Berichtswesen. In der dazu angeführten, wieder nur exemplarischen Auflistung sei der Punkt Verfassen von Stellungnahmen an den ASFINAG- bzw. BMG- Aufsichtsrat enthalten. Art, Umfang und Anzahl solcher Stellungnahmen blieben offen.

Die Mangelhaftigkeit der Leistungsbeschreibung werde schließlich auch aufgrund der Regelung in Pkt. 1,317 des Teiles A-1 der Ausschreibungsunterlagen verdeutlicht, wonach das Angebot vom Bieter so zu erstellen sei, dass im Fall einer internen Verschiebung des Leistungsablaufes keine Mehrkosten abgeleitet werden könnten. Der Bieter habe eine diesbezügliche flexible Personaldisposition in die Angebotssumme einzurechnen. Zeitraum bzw. Zeitpunkt der Leistungserbringung seien in der Kalkulation wesentliche Umstände der Leistungserbringung. Gerade dies werde aber von der Auftraggeberin offen gelassen. Risiken aus der Verzögerung seien selbst dann vom Bieter zu übernehmen, wenn diese Verzögerungen nicht in seiner Sphäre lägen. Die vorliegende Leistungsbeschreibung sei weder vollständig noch ließen sich daraus alle für die Angebotserstellung maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen. Schon aus diesem Grund sei die Leistungsbeschreibung rechtswidrig.

Im Leistungsverzeichnis Teil B der Ausschreibungsunterlage seien insgesamt 73 Preispositionen enthalten, davon seien 60 Pauschalpreispositionen. Gemäß § 24 Abs 4 BVergG 2006 sei aber die Ausschreibung nach Pauschalpreisen nur dann zulässig, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen sei, zur Zeit der Ausschreibung hinreichend genau bekannt seien und mit einer Änderung während der Ausführung nicht zu rechnen sei. Dies sei gerade bei den betroffenen Pauschalpreispositionen nicht der Fall. Teil B der Ausschreibung sei daher auch aus diesem Grunde rechtswidrig, als dort Pauschalen auszurechnen seien.

Dadurch, dass die Auftraggeberin Pauschalpreise verlange, obwohl weder die Leistung, noch die Umstände der Leistungsbeschreibung hinreichend genau beschrieben seien, würden den Bietern unkalkulierbare Risiken überbunden. Hinzu komme, dass auch im vertragsrechtlichen Teil der Ausschreibung (A-3) zahlreiche Bestimmungen enthalten seien, die zivilrechtlich und vergaberechtlich rechtswidrig seien oder zumindest eine erhebliche Risikoverschiebung zu Lasten der Bieter bedeuteten. So sei in Pkt. 3.2.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage festgelegt, dass aufgrund des hohen Risikopotentials der Dienstleistung aus Sicherheitsgründen sei für die Verständigung mit den Vertretern des Auftraggebers erforderlich sei, dass alle leitenden Mitarbeiter der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig seien. Diese Bestimmung sei

diskriminierend und sachlich nicht gerechtfertigt, weil es besten Falls darauf ankommen könne, ob die mit den Vertretern der Auftraggeberin in Kontakt stehenden Mitarbeiter der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig seien.

Gemäß Pkt. 3.2.6.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen müsste der Auftragnehmer erkennbare Mängel in den ihm von der Auftraggeberin bereitgestellten Unterlagen mitteilen, andernfalls er für die Unterlassung zu haften habe. Damit überbinde die Auftraggeberin die Risiken aus der Mangelhaftigkeit der von ihr selbst beigestellten Unterlagen an den Auftragnehmer.

Pkt. 3.2.6.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen enthalte darüber hinaus eine zusätzliche Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer, da Mängel nur dann als nicht erkennbar gelten, wenn der Auftragnehmer schriftlich auf die Notwendigkeit der Beiziehung von Sonderfachleuten bzw. auf notwendige Untersuchungen hingewiesen habe. Diese Regelung sei unsachlich, weil sie unabhängig davon gelte, ob dem Auftragnehmer die Notwendigkeit der Beiziehung von Sonderfachleuten oder von Untersuchungen erkennbar sei oder erkennbar sein müsste.

Pkt. 3.2.7.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen enthalte eine Optimierungspflicht, die zu einer unkalkulierbaren Haftung des Auftragnehmers führe. Der Auftragnehmer könne nämlich von der Auftraggeberin trotz sach- und fachgerechter Leistungserbringung in Anspruch genommen werden, weil eine andere ebenfalls sach- und fachgerechte Art der Leistungserbringung zu einem wirtschaftlich besseren Ergebnis geführt hätte.

Nach Pkt. 3.2.8 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen müsse ein Auftragnehmer selbst dann Leistungen erbringen, wenn für ihn in keiner Weise vorhersehbar sei, ob und in welcher Höhe er dafür eine Vergütung erhalte.

Pkt. 3.2.11 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage enthalte ein Zessionsverbot, was § 1396a Abs 1 ABGB widerspreche. Nach den Bestimmungen des ABGB müsste ein Zessionsverbot im Einzelnen ausgehandelt werden. Darüber hinaus bedeute diese Regelung in der Ausschreibung aber auch ein nicht kalkulierbares Liquiditätsrisiko für den Bieter. Grundsätzlich würden die zu erbringenden Leistungen entsprechend den Positionen des Leistungsverzeichnisses und den tatsächlich erbrachten Leistungen vergütet (Pkt. 3.2.10.1 des Teiles A-3). Der Zeitpunkt der Leistungserbringung hänge auch von Faktoren ab, die vom Auftragnehmer nicht beeinflussbar seien; so z.B. behördliches Genehmigungsverfahren, Verzögerungen bei den Ausführungsleistungen etc. Der Leistungszeitpunkt sei daher ebenso ungewiss, wie der Zahlungszeitpunkt. Gleichzeitig werde dem Auftragnehmer durch die gegenständliche Vertragsregelung die Möglichkeit genommen, allenfalls mangelnde Liquidität durch eine Forderungszession auszugleichen.

Pkt. 3.2.14 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen überbinde im besonderen Maße jene Risiken an den Auftragnehmer, die eindeutig der Sphäre der Auftraggeberin zuzuordnen wären. Demnach hafte der Auftragnehmer solidarisch mit anderen Auftragnehmern der Auftraggeberin (z.B. ÖBA), obwohl diese anderen Auftragnehmer von der Auftraggeberin ausgewählt worden und den Bietern derzeit nicht einmal bekannt seien. Gemäß Pkt. 3.2.17.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen könne die Auftraggeberin Sicherstellungen auch zur Kompensation anderer, an den Auftragnehmer gerichteter Forderungen heranziehen. Die willkürliche Verwendung der Sicherstellung für andere Forderungen widerspreche dem § 85 Abs 1 u. 2 Z 32 BVergG 2006. Dort würden einerseits die Art der zulässigen Sicherstellungen und andererseits deren Zweck abschließend gesetzlich normiert. Der von der Auftraggeberin genannte Sicherungszweck sei darin nicht enthalten.

Gemäß Pkt. 3.2.17.3 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen komme als Sicherstellungsmittel grundsätzlich nur eine Bargeldsicherstellung in Frage. Andere Sicherstellungsmittel müssen von der Auftraggeberin akzeptiert werden. Dies widerspreche wiederum § 85 Abs 2 BVergG 2006, wonach in den Ausschreibungsunterlagen eine Bankgarantie als Sicherstellungsmittel festzulegen sei, die nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rückklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden könne.

Gemäß Pkt. 3.2.17.3 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen sei die Auftraggeberin nicht verpflichtet, Inanspruchnahmen aus den Sicherstellungen zu begründen. Der Auftragnehmer müsse sich darüber hinaus verpflichten, keine einstweilige Verfügung gegen die Inanspruchnahme zu erwirken. Der damit verbundene Rechtsschutzverzicht sei vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des OGH rechtswidrig.

Pkt. 3.2.18.1 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlage enthalte eine Vergütungsregelung im Rücktrittsfall, wonach, wenn Umstände, die zum Rücktritt des Auftragnehmers geführt hätten, die auf Seiten des Auftraggebers lägen, dieser verpflichtet sei, dem Auftragnehmer die nachzuweisenden Kosten für noch nicht erbrachte Leistungen unter Berücksichtigung des durch die Nichtvollendung der Leistung erzielten oder erzielbaren Vorteils zu vergüten seien. Im Ergebnis führe diese Bestimmung dazu, dass die Auftraggeberin jederzeit

willkürlich vom Vertrag zurücktreten könne. Sie müsse dem Auftragnehmer dann ohnehin bloß die bis dahin entstandenen Kosten ersetzen, die überdies vom Auftragnehmer nachzuweisen seien. Diese Regelung führe insbesondere deshalb zu einem unkalkulierbaren Risiko, weil bei der Preiskalkulation typischer Weise von einem Gesamtleistungsvolumen auszugehen sei. Dieses Gesamtleistungsvolumen könne von der Auftraggeberin aber willkürlich reduziert werden.

Pkt. 3.2.22 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen sähe eine besondere Versicherungspflicht von Arbeitsgemeinschaften vor. Diese Regelung sei einerseits im Hinblick auf die solidarische Haftung von Arbeitsgemeinschaften unsachlich, andererseits führe sie zu einer unzulässigen Benachteiligung von Bietergemeinschaften, weil diese ihre Preise unter Berücksichtigung entsprechend höherer Versicherungskosten kalkulieren müssten.

Pkt. 3.3.10.2 des Teiles A-3 der Ausschreibungsunterlagen regle die Vertragsstrafe, wobei das Risiko dieser Vertragsstrafe nicht kalkulierbar sei, weil eine Vertragsstrafe selbst dann fällig werden könne, wenn ein Teammitglied wegen Selbstkündigung, Krankheit oder Tod ausgetauscht werden müsse und der beigestellte gleichwertige Ersatz von der Auftraggeberin nicht bewilligt werde.

Die Ausschreibungsunterlagen würden daher auch insbesondere gegen § 79 Abs 3 BVergG 2006 verstoßen, wonach nämlich die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten seien, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden könnten.

Zum Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung führt der Antragsteller aus, er könne nach Ablauf der Angebotsfrist kein auf der Basis einer rechtskonformen Ausschreibungsunterlage erstelltes Angebot mehr legen. Durch die Angebotsöffnung und die Zuschlagserteilung würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen, die vom Antragsteller mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden könnten. Dies gelte auch für die Aussetzung der Angebotsfrist und die Untersagung der Öffnung der Angebote. Durch die Öffnung der Angebote würden überdies Konkurrenten Kenntnis über Inhalte des Angebotes des Antragstellers erlangen.

Der Antragsteller wolle sich am Vergabeverfahren beteiligen, um den Auftrag zu erhalten und damit entsprechenden Gewinn zu erwirtschaften. Für die bisherigen Aktivitäten des Antragstellers im Rahmen der bekämpften Ausschreibung seien ihm bereits Kosten in Höhe von insgesamt etwa Euro 10.000,- entstanden. Weiters würde der Antragsteller durch die Unmöglichkeit der Erstellung eines erfolversprechenden Angebotes die Chance auf ein für zukünftige Vergabeverfahren wichtiges Referenzprojekt verlieren.

In ihrem Schriftsatz vom 27.9.2007 nahm die Auftraggeberin zum Antrag wie folgt Stellung:

Wie der Firmenbezeichnung des Antragstellers zu entnehmen sei, handle es sich beim Antragsteller um einen zugelassenen Architekten oder um ein Architekturbüro. Die bekämpfte Ausschreibung beinhalte aber Leistungen wie Energieversorgung, Beleuchtung, Belüftung, Verkehrslenkung, Verkehrsdatenerfassung, Videoüberwachung, Notrufeinstellungen von Notrufeinrichtungen und Beschallungsanlagen sowie Fernsprechanlagen und Gefahrenmeldeanlagen, Informationsübertragung, Funkanlage und Videozentraltechnik, etc. in einem Tunnel. Der Leistungsumfang beinhalte daher grundsätzlich die komplette Planung von betriebsbereiten, maschinellen und elektrotechnischen Anlagen in allen dafür notwendigen Gewerken. Die Kompetenz und die gewerberechtliche Befugnis des Antragstellers, eines Architekten, werden daher vorab bestritten. Der Antragsteller verfüge weder über die notwendigen elektrotechnischen und maschinellen Detailkenntnisse noch über die gewerberechtliche Befugnis derart komplexe und sicherheitsrelevante elektrotechnische und maschinentechnische Leistungen im Tiefbaubereich zu erfüllen.

Die Inbetriebnahme der 2. Röhre des Pfändertunnels werde die zurzeit katastrophale Verkehrsbelastung der Umlandgemeinden und insbesondere der Stadt Bregenz wesentlich verringern. Nach Fertigstellung der 2. Röhre des Ambergtunnels im Dezember 2003 verbleibe der Pfändertunnel als letzter Abschnitt der A 14 Rheintalautobahn mit einspurigem Verlauf. Die A 14 Rheintalautobahn sei als TERN- Strecke eine wichtige Nord-Südverbindung von europäischer Bedeutung. Mit einem DTV (durchschnittlichen täglichen Verkehr) von über 23.000 Fahrzeugen pro Tag (errechnet für das Jahr 2005 und einer Prognose von einem DTV von 46.200 im Jahr 2020) stelle der Pfändertunnel den am stärksten frequentierten Gegenverkehrstunnel Österreichs dar. Aufgrund dieser Tatsache ergebe sich die dringende Notwendigkeit, zur Erhöhung der Verkehrssicherheit den einröhrigen Pfändertunnel mit einer 2. Röhre voll auszubauen. Der Planungsbeginn für die 2. Röhre sei im Sommer 2002 erfolgt. Bis dato seien ein Verkehrsmodell, ein baugeologisches Gutachten, ein Vorprojekt sowie eine Umweltuntersuchung erstellt worden. In der Prioritätenreihung des BMVIT, März 2007, sei das Projekt von Bundesminister Faymann in die höchste Prioritätsstufe eingereicht worden. Die Dringlichkeit der Errichtung der 2. Röhre und des elektrotechnischen und maschinellen Ausbaus beider Röhren ergebe sich aufgrund der extremen Verkehrssituation aus sicherheitstechnischen Überlegungen. Die Unfallstatistik zeige allein in den

Jahren 2004 - 2006 im derzeit einröhrigen Tunnel mit Gegenverkehr eine Anzahl von 19 Unfällen, mit 34 Verletzten und einem Toten. Die Belastung der Bewohner der Umlandgemeinden, insbesondere der Landeshauptstadt Bregenz sei bereits jetzt unzumutbar. Dieser Entwicklung müsse durch die Errichtung der 2. Röhre dringend entgegen gewirkt werden, eine weitere Verzögerung der Umsetzung der Planungs- und Baumaßnahmen sei der Öffentlichkeit gegenüber nicht zu verantworten. Die Unterbrechung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung würde eine weitere Verzögerung der Vergabe der Leistung, der Planung, der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen bedeuten und den geplanten Fertigstellungstermin gefährden. Die Verzögerung würde überdies weitere Planungskosten für eine Forcierung der Planung von ca. 10% des Planungsbudgets für das Einreichprojekt etwa Euro 800.000.-- an Mehrkosten verursachen. Darüber hinaus würde eine weitere Verzögerung der Entlastung der Bevölkerung in den Umlandgemeinden und in der Stadt Bregenz schätzenswerte Güter wie Leib und Leben gefährden. Die Reduktion des Verkehrs um die Hälfte bzw. das Dreifache, führe zu einer wesentlichen Reduktion der gesundheitsgefährdenden Auswirkungen des Straßenverkehrs in den Wohngebieten. Die Errichtung der 2. Röhre würde überdies eine Verlegung der wesentlichen Verkehrsanteile auf die Autobahn und damit eine Unfallsrisikosenkung im gesamten Straßennetz des Untersuchungsgebietes bewirken. Das bedeute, dass bei einer verzögerten Errichtung der 2. Röhre Pfändertunnel das Unfallsrisiko für die enormen Verkehrsanteile in den genannten Ortskernen in diesem Zeitraum ca. zehnmals so hoch wäre, als wenn sie die 2. Röhre des Pfändertunnels benützen könnten.

Die Interessen des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien hingegen ausschließlich wirtschaftlicher und finanzieller Natur. Die Gefahr für Leib und Leben der Menschen in der betroffenen Umgebung überwiege jedenfalls die rein finanziellen Interessen des Antragstellers.

Weiters wird von der Auftraggeberin darauf hingewiesen, dass die vom Antragsteller aufgelisteten angeblichen Vergabeverstöße offensichtlich nicht vorlägen. Die Leistungsbeschreibung sei vollständig, die Pauschalpreispositionen Art, Güte und Umfang sowie betreffend die Umstände unter denen sie zu erbringen seien, hinreichend bekannt und keine unkalkulierbaren Risiken auf den Auftragnehmer überbunden. Da die vom Antragsteller aufgelisteten Verstöße gegen das BVergG 2006 nicht vorlägen beantragte die Auftraggeberin den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Am 25.10.2007 fand eine mündliche Verhandlung statt. Im Rahmen dieser Verhandlung, ergab sich die Notwendigkeit, einen Sachverständigen zu bestellen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Mit einstweiliger Verfügung vom 2. Oktober 2007, GZ N/0089- BVA/11/2007-7EV wurde der Lauf der Angebotsfrist bis zum 6. November 2007 ausgesetzt und der Auftraggeberin bis zum selben Datum untersagt, die eingelangten Angebote zu öffnen.

Aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung am 25.10.2007 ist nunmehr ein Sachverständigengutachten einzuholen. Es wird im Laufe des weiteren Ermittlungsverfahrens den Parteien Gelegenheit dazu eingeräumt, zu diesem Gutachten Stellung zu nehmen und allenfalls eine neuerliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Durch die Notwendigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens hat sich das gegenständliche Verfahren verzögert und kann daher nicht bis zum Ablauf des 6. November 2007 beendet werden, weshalb die einstweilige Verfügung vom 2. Oktober 2007 nunmehr zu erstrecken ist.

Gemäß § 329 Abs 3 Bundesvergabegesetz 2006 hat das BVA die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amtswegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Voraussetzungen die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 2. Oktober 2007, GZ N/0089- BVA/11/2007-7EV, geführt haben, bestehen weiterhin fort. Von Seiten des Antragstellers wurde kein Erstreckungsantrag gestellt.

Es war daher von Amtswegen spruchgemäß zu entscheiden.