

TE Verg Bescheid 2009/7/6 F/0005-BVA/11/2008-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.07.2009

Norm

BVergG 2006 §331 Abs1 Z1 Z2 Z3

BVergG 2006 §331 Abs4

BVergG 2006 §331 Abs1 Z4

BVergG 2006 §332

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im

Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs 3 Z 3 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend die Vergabe eines Bauauftrages im Sinne des § 4 BVergG durch die Auftraggeberin ASFINAG Mautservice GmbH, 5020 Salzburg, Alpenstraße 94, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite sowie Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend die Vergabe eines Bauauftrages im Sinne des Paragraph 4, BVergG durch die Auftraggeberin ASFINAG Mautservice GmbH, 5020 Salzburg, Alpenstraße 94, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt möge ein Feststellungsverfahren durchführen und feststellen, dass

1. a)Litera a

die Zuschlagserteilung an B*** ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an B*** offenkundig unzulässig erfolgt ist,

in eventuu,

1. b)Litera b

die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt ist, in eventuu,

2. c)Litera c

die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgt ist",

werden zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen, in eventuu, das Bundesvergabeamt möge für den Fall der Klaglosstellung der Antragstellerin während des gegenständlichen Verfahrens der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen", werden abgewiesen. Die Anträge, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen, in eventuu, das Bundesvergabeamt möge für den Fall der Klaglosstellung der Antragstellerin während des gegenständlichen Verfahrens der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen", werden abgewiesen.

Begründung

Mit Schriftsatz vom 13.11.2008 stellte die Antragstellerin die im Spruch wiedergegebenen Anträge und führte dazu begründend aus, sie habe auf Grund eines Zeitungsartikels der Kronenzeitung vom 18.10.2008 Kenntnis darüber erlangt, dass die ASFINAG Mautservice GmbH (in der Folge: Auftraggeberin) der B*** einen Auftrag in der Höhe von Euro 14,4 Millionen erteilt habe. Bei diesem Auftrag handle es sich um einen Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG. Die Auftraggeberin habe den gegenständlichen Vertrag ohne Vergabeverfahren und ohne Einbindung der Öffentlichkeit abgeschlossen. Der Zeitungsartikel der Kronen Zeitung vom 18.10.2008 sei im Rahmen des regelmäßigen durch die Antragstellerin durchgeführten Medienmonitoring am 20.10.2008 intern per E-Mail verteilt worden. Die B*** habe nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen einen Auftrag zur Errichtung von 67 Mautstationen sowie zur Weiterentwicklung des österreichischen LKW-Mautsystems erhalten. Mit Schreiben vom 4.11.2008 habe die Antragstellerin die Auftraggeberin aufgefordert, zu der Auftragserteilung an B*** inhaltlich Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 6.11.2008 habe die Auftraggeberin erklärt, dass der gegenständliche Auftrag nicht dem Vergaberecht unterliege, da die B*** als Subunternehmer der C*** Leistungen im Zusammenhang mit der zur Verfügung Stellung der notwendigen Mautinfrastruktur erbracht habe und die Beauftragung auf einem Betreibervertrag aus dem Jahr 2002 mit der C*** basiere. Mit Schriftsatz vom 13.11.2008 stellte die Antragstellerin die im Spruch wiedergegebenen Anträge und führte dazu begründend aus, sie habe auf Grund eines Zeitungsartikels der Kronenzeitung vom 18.10.2008 Kenntnis darüber erlangt, dass die ASFINAG Mautservice GmbH (in der Folge: Auftraggeberin) der B***

einen Auftrag in der Höhe von Euro 14,4 Millionen erteilt habe. Bei diesem Auftrag handle es sich um einen Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG. Die Auftraggeberin habe den gegenständlichen Vertrag ohne Vergabeverfahren und ohne Einbindung der Öffentlichkeit abgeschlossen. Der Zeitungsartikel der Kronen Zeitung vom 18.10.2008 sei im Rahmen des regelmäßigen durch die Antragstellerin durchgeführten Medienmonitoring am 20.10.2008 intern per E-Mail verteilt worden. Die B*** habe nach den der Antragstellerin vorliegenden Informationen einen Auftrag zur Errichtung von 67 Mautstationen sowie zur Weiterentwicklung des österreichischen LKW-Mautsystems erhalten. Mit Schreiben vom 4.11.2008 habe die Antragstellerin die Auftraggeberin aufgefordert, zu der Auftragserteilung an B*** inhaltlich Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 6.11.2008 habe die Auftraggeberin erklärt, dass der gegenständliche Auftrag nicht dem Vergaberecht unterliege, da die B*** als Subunternehmer der C*** Leistungen im Zusammenhang mit der zur Verfügung Stellung der notwendigen Mautinfrastruktur erbracht habe und die Beauftragung auf einem Betreibervertrag aus dem Jahr 2002 mit der C*** basiere.

Die ASFINAG habe im Jahr 2002 das gesamte LKW-Mautsystem in Österreich nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 öffentlich ausgeschrieben. Auf Grund dieser Ausschreibung sei ein Vertrag über die Errichtung und den Betrieb eines Systems zur Einhebung von Maut für die Benutzung von Bundesautobahnen, Bundesschnellstraßen und bestimmten Bundesstraßen B durch Kraftfahrzeuge über 3,5t höchstzulässiges Gesamtgewicht in der Republik Österreich abgeschlossen worden. Aus diesem Vergabeverfahren sei die C*** als Bestbieterin hervorgegangen. Gemäß Punkt 2.1.3 des Betreibervertrages sei der Bestbieter verpflichtet, nach Auftragserteilung eine Betreiberprojektgesellschaft zu gründen, die ausschließlich für die Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb des Mautsystems nach Maßgabe des Betreibervertrages verantwortlich sei. Die kurzfristig neu zu gründende Betreibergesellschaft sei verpflichtet, dem Betreibervertrag beizutreten und das Mautsystem auf eigene Kosten zu planen, zu finanzieren, zu errichten und zu betreiben sowie, ebenfalls auf eigene Kosten, an bestimmte neue Gegebenheiten anzupassen. Die Betreibergesellschaft sei gemäß Punkt 2.3.1 des Betreibervertrages als Kapitalgesellschaft zu errichten. Der Bestbieter sei gemäß Punkt 2.3.7 des Betreibervertrages weiters verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Betreibergesellschaft der ASFINAG das der Ausschreibung bereits beigelegte Anbot auf Verkauf und Übergabe der Betreibergesellschaft unterbreite. Punkt 6.5.4 des Betreibervertrages sehe vor, dass für den Fall der Annahme des Abtretungsangebotes der Betreibervertrag auf den jeweiligen Käufer übergehe. Im Verhältnis zwischen dem Käufer (ASFINAG) zu den anderen Parteien ende im Gegensatz dazu der Betreibervertrag im Zeitpunkt der Vertragsdurchführung. Gleichzeitig sehe der Betreibervertrag vor, dass in die Subunternehmerverträge Eintrittsrechte für die ASFINAG aufzunehmen seien und die Subunternehmerverträge keine "change of control" Klauseln enthalten dürften (Punkt 2.2). Aus dem Betreibervertrag ergebe sich keine Verpflichtung zum Eintritt in die Subunternehmerverträge.

Mit dem gegenständlichen Betreibervertrag werde der ASFINAG als öffentlicher Auftraggeberin die Möglichkeit eingeräumt, die Betreibergesellschaft zu kaufen und in weiterer Folge das LKW-Mautsystem selbst zu betreiben. Diesen Vertragsbestimmungen entsprechend sei nach Auftragserteilung die Betreibergesellschaft, C***, gegründet worden. In der Folge habe die ASFINAG das Abtretungsangebot des Bestbieters angenommen, die C*** gekauft und das Unternehmen in ASFINAG LKW-Mautsystem GmbH umbenannt. Anschließend sei die ASFINAG LKW-Mautsystem GmbH als übertragende Gesellschaft mit Verschmelzungsvertrag vom 14.02.2006 mit der Auftraggeberin verschmolzen worden. Gemäß Punkt 3.6.2 des Betreibervertrages sei der Betreiber verpflichtet, das Mautsystem auf Verlangen des Auftraggebers an alle physischen Erweiterungen des mautpflichtigen Straßennetzes über den Status zum 1.1.2002 hinaus, die sich bei gleich bleibender gesetzlicher Regelung der Mautpflicht ergeben, anzupassen. Weiters sei der Betreiber verpflichtet, das Mautsystem entsprechend auszuweiten, wenn durch eine Änderung der rechtlichen Regelungen der Mautpflicht das mautpflichtige Straßennetz über das hochrangige Straßennetz hinaus erweitert werde. Nach Angaben der Auftraggeberin seien diese Verpflichtungen auf die Subunternehmer überwunden worden, was auf Grund der nicht vorliegenden Verträge für die Antragstellerin jedoch nicht überprüfbar sei.

Die Antragstellerin habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Durch den offensichtlich bereits erteilten Zuschlag sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, ein aussichtsreiches Angebot zu legen. Auf Grund der rechtswidrigen Vergabe drohe der Antragstellerin ein Schaden durch Entgang von Gewinn in der Höhe von ca. 10%, somit von Euro 1,4 Millionen. Die Auftraggeberin berufe sich in ihrem Schreiben vom 6.11.2008 auf den im Jahr 2002 zwischen ASFINAG und C*** abgeschlossenen Vertrag und das darin festgehaltene Eintrittsrecht. Dieser Vertrag falle unter den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes, da

sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe, dass das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für den unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten sei. Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, seien nach der Rechtsprechung des EuGH Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrages während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrages im Sinne des Europäischen Vergaberechtes anzusehen, wenn diese Änderungen wesentlich andere Merkmale aufwiesen, als der ursprüngliche Vertrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen ließen. Spätestens durch die Verschmelzung der Betreibergesellschaft mit der Auftraggeberin sei es zu einer wesentlichen Änderung der Bestimmungen des Vertrages gekommen, was dazu führe, dass die Auftraggeberin den ursprünglichen Auftrag neu hätte ausschreiben müssen. Die Auftraggeberin habe nicht nur den ursprünglichen Auftrag nicht neu ausgeschrieben, sondern auch den gegenständlichen Folgeauftrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens direkt an B*** erteilt. Die gewählte Konstruktion diene offensichtlich dazu, das Vergabeverfahren zu umgehen. Der an die B*** erteilte Auftrag in der Höhe von Euro 14,4 Millionen beruhe jedenfalls nicht mehr auf einem Vertragsverhältnis zwischen der B*** und der C*** und in der Folge der Auftraggeberin, sondern auf Grund der von der ASFINAG bzw. der Auftraggeberin gewählten Konstruktion, auf einem Vertragsverhältnis zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Unternehmen. Durch die Vergabe des gegenständlichen Auftrages ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG verletzt. Weiters werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes, der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie der Transparenz durchzuführenden Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG verletzt. Die Antragstellerin habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten. Durch den offensichtlich bereits erteilten Zuschlag sei es der Antragstellerin nicht möglich gewesen, ein aussichtsreiches Angebot zu legen. Auf Grund der rechtswidrigen Vergabe drohe der Antragstellerin ein Schaden durch Entgang von Gewinn in der Höhe von ca. 10%, somit von Euro 1,4 Millionen. Die Auftraggeberin berufe sich in ihrem Schreiben vom 6.11.2008 auf den im Jahr 2002 zwischen ASFINAG und C*** abgeschlossenen Vertrag und das darin festgehaltene Eintrittsrecht. Dieser Vertrag falle unter den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes, da sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe, dass das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für den unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten sei. Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, seien nach der Rechtsprechung des EuGH Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrages während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrages im Sinne des Europäischen Vergaberechtes anzusehen, wenn diese Änderungen wesentlich andere Merkmale aufwiesen, als der ursprüngliche Vertrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen ließen. Spätestens durch die Verschmelzung der Betreibergesellschaft mit der Auftraggeberin sei es zu einer wesentlichen Änderung der Bestimmungen des Vertrages gekommen, was dazu führe, dass die Auftraggeberin den ursprünglichen Auftrag neu hätte ausschreiben müssen. Die Auftraggeberin habe nicht nur den ursprünglichen Auftrag nicht neu ausgeschrieben, sondern auch den gegenständlichen Folgeauftrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens direkt an B*** erteilt. Die gewählte Konstruktion diene offensichtlich dazu, das Vergabeverfahren zu umgehen. Der an die B*** erteilte Auftrag in der Höhe von Euro 14,4 Millionen beruhe jedenfalls nicht mehr auf einem Vertragsverhältnis zwischen der B*** und der C*** und in der Folge der Auftraggeberin, sondern auf Grund der von der ASFINAG bzw. der Auftraggeberin gewählten Konstruktion, auf einem Vertragsverhältnis zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Unternehmen. Durch die Vergabe des gegenständlichen Auftrages ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verletzt. Weiters werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbes, der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie der Transparenz durchzuführenden Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, BVergG verletzt.

In ihren Stellungnahmen vom 27.11.2008 sowie vom 1.12.2008 trat die Auftraggeberin dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen und führte begründend aus, als Auftraggeberin werde die ASFINAG Mautservice GmbH angeführt, richtigerweise stünden jedoch die Mautanlagen im Eigentum der Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs AG.

Die im Betreibervertrag vorgesehene "call option" sei bereits im Jahr 2005 in Anspruch genommen worden. Die durch die Antragstellerin angesprochene Generalvereinbarung sei am 8.12.2007 abgeschlossen worden. Bei der gegenständlichen Beauftragung der B*** handle es sich um die Inanspruchnahme einer Option aus dem Jahr 2002 mit der damaligen C*** aus dem Betreibervertrag. Es liege daher keine neuerliche Direktvergabe vor, sondern lediglich eine vergaberechtlich zulässige, im ursprünglichen Vertrag enthaltene Inanspruchnahme einer Option. Der Betreibervertrag sei nicht geändert worden und es handle sich auch nicht um einen Umgehungsversuch.

Die Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (im Folgenden ASFINAG) habe von 2001 bis 2002 ein Vergabeverfahren zur Beschaffung der Planung, Finanzierung, Errichtung und den Betrieb eines Systems zur Einhebung einer fahrleistungsabhängigen Maut für die Benützung von Autobahnen und Schnellstraßen durch mautpflichtige Kraftfahrzeuge mit einem höchst zulässigen Gesamtgewicht von über 3,5t in Österreich für einen Zeitraum von 11,5 Jahren durchgeführt. Die ASFINAG habe sich zum damaligen Zeitpunkt für ein Betreibermodell entschieden. Es sei für den Betrieb des LKW-Mautsystems eine eigene Projektgesellschaft zu gründen gewesen, wobei der Unternehmensgegenstand des Betreibers bereits im Betreibervertrag vom 25.06.2002 festgelegt worden sei. Der Auftrag sei damals an die D*** vergeben worden und am 25.06.2002 ein entsprechender Vertrag mit der D*** und der von der D*** hierfür gegründeten Betreibergesellschaft, der C*** abgeschlossen worden. Am 16.05.2002 hätten die D*** - und die C*** mit der B*** einen mit der Zuschlagserteilung bedingten Subunternehmervertrag für die Beschaffung der gegenständlichen Leistungen (Agreement) abgeschlossen. Mit dem Betreibervertrag habe der Betreiber die Aufgabe übernommen, ein Mautsystem zu errichten, das auf dem zum Inbetriebnahmezeitpunkt bestehenden Straßennetz betrieben werden könne. Gleichzeitig sei damit auch die Verpflichtung des Betreibers verbunden worden, das Mautsystem an geänderte Gegebenheiten anzupassen. Im Betreibervertrag sei auch das Recht der ASFINAG enthalten, "jederzeit das Kauf- und Abtretungsangebot anzunehmen und dieses in Form eines Notariatsaktes beizustellen (call option)". Im Falle des Erwerbes von 100% der Anteile durch die ASFINAG scheide die D*** aus dem Vertrag aus und es dürfe auch der Firmenwortlaut des Betreibers geändert werden.

Am 26.11.2004 habe die ASFINAG das Kauf- und Abtretungsangebot angenommen. Der Kauf- und Abtretungsvertrag sei datiert mit 30.08.2005. Mit dem Abschluss des Kauf- und Abtretungsvertrages zwischen der D*** und der ASFINAG habe letztere sämtliche Geschäftsanteile an der C*** übernommen. Am 26.08.2005 sei die D*** als Partei und Partner aus dem Betreibervertrag ausgeschieden. Die C*** (Umfirmierung in ASFINAG LKW-Mautsystem GmbH) sei mit Verschmelzungsvertrag vom 14.02.2006 sodann mit der ASFINAG Mautservice GmbH verschmolzen worden, die nunmehr Betreiber des Mautsystems sei. Nach der Annahme des Kauf- und Abtretungsangebotes und dem Nachtrag zum Betreibervertrag sei der Betreibervertrag nicht mehr angepasst worden. Der aktuelle Stand des Betreibervertrages sei sohin 30.08.2005.

Der ASFINAG als Auftraggeberin sei nicht bekannt gewesen, in welchem Umfang das bestehende Straßennetz anzupassen sein werde. Nunmehr habe die ASFINAG in den letzten zwei Jahren Teile von normalen Bundesstraßen übernommen, welche im Regelfall einen bedeutend schmaleren Querschnitt als Autobahn- und Schnellstraßen aufwiesen und die Positionen in den Preislisten seien daher für diese normalen Bundesstraßen nicht mehr geeignet gewesen. Auf Grund dieser Problematik seien die Preislisten um einige Positionen ergänzt worden.

Die Auftraggeberin verwies weiters darauf, dass der gegenständliche Feststellungsantrag bereits verfristet sei. Sie führte dazu begründend aus, die Antragstellerin habe, gemäß ihrem eigenen Vorbringen, durch einen Zeitungsausschnitt der Kronen Zeitung vom 18.10.2008 Kenntnis von der Beauftragung der B*** erlangt. Der Feststellungsantrag sei am 14.11.2008 eingebracht worden, was außerhalb der absoluten objektiven 6-monatigen Ausschlussfrist erfolgt sei. Die Inanspruchnahme der im Vertrag vorgesehenen "call option" sei bereits am 30.08.2005 erfolgt. Das Ausscheiden der D*** aus dem Betreibervertrag sei mit 26.08.2005 abgeschlossen worden. Die Verschmelzung mit der E*** sei mittels Verschmelzungsvertrag vom 14.02.2006 durchgeführt worden. Die Umfirmierung der C*** sei mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom 30.08.2005 am 14.02.2006 vorgenommen worden. Die Generalvereinbarung sei am 8.12.2007 zwischen der ASFINAG Mautservice GmbH und der B*** abgeschlossen worden. Unabhängig davon, wie die Beschaffung der zusätzlichen Mautstationen und die Änderung der Preisliste vergaberechtlich zu qualifizieren sei, habe die absolute objektive Anfechtungsfrist am 8.12.2007 zu laufen begonnen und sei deshalb jedenfalls seit dem 7.6.2008 abgelaufen. Die absolute objektive 6 Monatsfrist sei somit bei weitem überschritten und der Antrag auf Durchführung eines Feststellungsverfahrens verfristet und daher zurückzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 13.01.2009 replizierte die Antragstellerin auf die Stellungnahme der Auftraggeberin und führte aus,

auf Grund der der Antragstellerin vorliegenden Informationen sei es zweifelhaft, dass mit der Generalvereinbarung vom 8.12.2007 tatsächlich die für den konkreten Fall relevanten Leistungen beauftragt worden seien. Dagegen spreche, dass die Presseaussendung der B*** auf ihrer Homepage erst am 14.10.2008, somit mehr als 10 Monate nach dem angeblichen Vertragsabschluss erfolgt sei. Es sei nicht nachvollziehbar, warum gerade in diesem Fall keine zeitnahe Presseaussendung erfolgt sei. Allein aus diesem Grund sei zweifelhaft, dass B*** mit der Erbringung der im konkreten Fall relevanten Leistungen bereits mit Generalvereinbarung vom 8.12.2007 und nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt beauftragt worden sei. Fraglich sei auch, ob die Generalvereinbarung vom 8.12.2007 nicht lediglich die Basis für in der Folge abzuschließende Verträge sei. Es stelle sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Auftraggeberin auf Grund des Betreibervertrages überhaupt zum Abschluss einer derartigen Generalvereinbarung berechtigt sei. Der Betreibervertrag vom 25.6.2007, die Verpflichtungserklärung der B*** vom 16.5.2002 sowie der Nachtrag zum Betreibervertrag vom 30.8.2005 gäben Aufschluss darüber, mit welchen Leistungen B*** als Subunternehmer der D*** und der C*** beauftragt worden sei. Der geschuldete Leistungsumfang sei wiederum für die Frage, ob die mit der Generalvereinbarung vom 8.12.2007 beauftragten Leistungen mit den ursprünglichen im Betreibervertrag vorgesehenen Leistungen übereinstimmten, von entscheidender Bedeutung für die Frage der Verfristung des Feststellungsantrages.

Mit Schriftsatz vom 26.6.2009 brachte die Antragstellerin betreffend die Verfristung des gegenständlichen Antrages ergänzend vor, der EuGH habe in der Rechtssache Santex ausgesprochen, dass die Rechtsschutzbehörden Präklusionsfristen außer Anwendung zu lassen hätten, wenn ein Auftraggeber durch sein Verhalten die Ausübung des Vergaberechtsschutzes unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert habe. Im gegenständlichen Fall würde die Anwendung der 6-Monatsfrist aufgrund der konkreten Umstände zu einem Verstoß gegen das Effektivitätsgebot führen.

In der mündlichen Verhandlung vom 29. 6. 2009 erklärte der informierte Vertreter der Antragstellerin, F***, die Antragstellerin habe aufgrund eines Artikels in der Kronen Zeitung erstmals von der nunmehr bekämpften Direktvergabe der ASFINAG Kenntnis erlangt. Die Bezug habende Pressemitteilung habe sich die Antragstellerin erst angesehen, nachdem sie in der Kronen Zeitung von dieser Presseaussendung gelesen habe. Dies sei etwa Ende Oktober 2008 gewesen.

Der Zeuge, G***, Area Manager für Österreich und die Schweiz, gab in der Verhandlung an, die "Generalvereinbarung Bauprogramm" sei am 8.12.2007 abgeschlossen worden. Gewöhnlich frage die PR-Abteilung regelmäßig nach, ob es etwas Neues zur Veröffentlichung gebe. Im vorliegenden Fall sei das Unternehmen bis 14.1.2009 wegen Betriebsferien geschlossen gewesen. Danach hätten erstmals Gespräche bezüglich der Konzeption einer Pressemitteilung zwischen H*** und dem Zeugen stattgefunden. Der Zeuge habe H*** darauf hingewiesen, dass wegen der Geheimhaltungspflichten sämtliche Texte, die zur Veröffentlichung gelangen sollen, mit der ASFINAG abzustimmen seien. Ebenso sei der Zeitpunkt der Veröffentlichung mit der ASFINAG abzustimmen. Dieses Gespräch sei eine letzte Involvement des Zeugen in die Abstimmung betreffend die Pressemitteilung gewesen.

Auf Frage des Rechtsvertreters der Antragstellerin gab der Zeuge an, gegenüber der Auftraggeberin mit dem Abschluss der Generalvereinbarung Bauprogramm befasst gewesen zu sein. Die Datierung des Vertrages mit 8.12.2007, einem Feiertag, sei für ihn zwar heute nicht mehr nachvollziehbar, er gehe jedoch davon aus, dass der Vertrag nicht an einem Feiertag unterschrieben worden sei. Es sei jedoch möglich, dass er selbst den Vertrag am 8.12.2007 unterschrieben habe. Bei der Unterschriftsleistung seien nämlich nicht alle unterschreibenden Personen gleichzeitig anwesend gewesen. Der Vertrag sei vielmehr der ASFINAG übermittelt und sodann von der Auftraggeberin gegengezeichnet retourniert worden.

Da die Fa. B*** nicht veröffentlichungspflichtig sei, könnten Pressemitteilungen in sehr unterschiedlichen Zeitintervallen zum jeweiligen veröffentlichten Ereignis stehen. Es könnte sich dabei um Intervalle bis zu einem Jahr handeln. Der Zeuge sei in die konkrete Abstimmung mit der ASFINAG nicht involviert gewesen. Es sei ihm auch kein Vorbehalt der ASFINAG bezüglich der gegenständlichen Pressemitteilung bekannt.

Die für die Presseaussendungen der Fa. B*** verantwortliche Zeugin, H***, gab an, im Dezember 2007, knapp vor Weihnachten, Kenntnis von der streitgegenständlichen Vereinbarung erlangt zu haben. Vor Weihnachten würden jedoch keine Presseaussendungen mehr getätigt. Etwa Mitte bis Ende Jänner 2008 habe sie die Zustimmung von der ASFINAG für eine Presseaussendung eingeholt. Die ASFINAG habe keinerlei Einwendungen gegen eine Aussendung

gehabt, die bei der ASFINAG zuständige I*** habe jedoch innerhalb der ASFINAG eine Abstimmung vornehmen wollen. Etwa Anfang März sei ein erster Entwurf für eine Pressemitteilung vorgelegen. Da in der Zwischenzeit neue Aufträge eingelangt seien, die Fa. B*** das erste Jahr an der Börse gewesen sei und die ASFINAG keinerlei Angaben über ein Datum bezüglich einer Pressemitteilung gemacht habe, sei die gegenständliche Pressemitteilung nachgereicht worden. Die Presseaussendung sei aufgrund der damaligen Ereignisse in Vergessenheit geraten. Im Herbst 2008 seien die noch jungen Aktien der B*** im Wert gefallen und man habe positive Mitteilungen benötigt. Die Zeugin habe wiederum I*** kontaktiert, kleine Änderungen in der bereits vorhandenen Pressemitteilung vorgenommen und diese sodann an die ASFINAG übermittelt und in weiterer Folge deren Zustimmung zur Veröffentlichung erhalten. Am 14.10.2008 sei sodann die mit der ASFINAG abgestimmte Pressemitteilung veröffentlicht worden. Die Veröffentlichung von Aufträgen am 6.2.2008, 27.3.2008 sowie 31.3.2008 sei trotz der niedrigeren Auftragswerte für die B*** wichtig gewesen, da es sich um neue Aufträge in neuen Ländern gehandelt habe. In solchen Fällen sei der Auftragswert nicht so wichtig. Bezogen auf die B*** gebe es im Jahr 2008 26 geschäftsbezogene und 15 börsebezogene Pressemitteilungen. Wenn man alle Konzernteile zusammen nehme, verdopple sich diese Zahl. Dies bedeute, dass ca. jede Woche eine Aussendung erfolge. Die Zeugin wähle nach medientechnischen Grundsätzen aus, welche Mitteilungen veröffentlicht würden. So werde manchmal bewusst weniger ausgesendet, weil Presseaussendungen zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund anderer für Medien interessanterer Ereignisse, wie z.B. Wahlen, untergehen würden. Eine Nachfrage der ASFINAG, warum nicht ausgesendet worden sei, habe es nicht gegeben.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Die Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist alleinige Gesellschafterin der im gegenständlichen Verfahren als Auftraggeberin bezeichneten ASFINAG Mautservice GmbH (FN 255936b, LG Salzburg). Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG vgl. BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6; 16.04.2008, N/0016- BVA/11/2008-37 uva). Es handelt sich daher bei der ASFINAG Mautservice GmbH ebenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Autobahnen und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist alleinige Gesellschafterin der im gegenständlichen Verfahren als Auftraggeberin bezeichneten ASFINAG Mautservice GmbH (FN 255936b, LG Salzburg). Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6; 16.04.2008, N/0016- BVA/11/2008-37 uva). Es handelt sich daher bei der ASFINAG Mautservice GmbH ebenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Bauauftrag im Sinne des § 4 BVergG mit einem Auftragswert von Euro 14,4 Millionen (Oberschwellenbereich). Es handelt sich um einen Bauauftrag im Sinne des Paragraph 4, BVergG mit einem Auftragswert von Euro 14,4 Millionen (Oberschwellenbereich).

Zu Spruchpunkt 1:

Gemäß § 332 Abs 1 hat ein Antrag gemäß § 331 Abs 1, 2 oder 4 jedenfalls zu enthalten. Gemäß Paragraph 332, Absatz eins, hat ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 jedenfalls zu enthalten:

1. 1. Ziffer eins
Die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens,
2. 2. Ziffer 2
die genaue Bezeichnung des Auftraggebers,
3. 3. Ziffer 3
soweit dies zumutbar ist, die genaue Bezeichnung des allfälligen Zuschlagsempfängers,
4. 4. Ziffer 4
die Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss,
5. 5. Ziffer 5
Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
6. 6. Ziffer 6
die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet,
7. 7. Ziffer 7
die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,

8. 8.Ziffer 8

ein bestimmtes Begehren,

9. 9.Ziffer 9

die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Gemäß Abs 2 leg.cit erlischt das Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, des Widerrufs oder der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens, wenn der Antrag gemäß § 331 Abs 1 Z 1-3, oder Abs 4 nicht binnen 6 Wochen ab dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem der Antragsteller vom Zuschlag, vom Widerruf bzw. von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Gemäß Absatz 2, leg.cit erlischt das Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, des Widerrufs oder der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens, wenn der Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins -, 3,, oder Absatz 4, nicht binnen 6 Wochen ab dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem der Antragsteller vom Zuschlag, vom Widerruf bzw. von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

Wie aus dem Antrag vom 13.11.2008 hervorgeht, richtet sich dieser gegen die Auftraggeberin ASFINAG Mautservice GmbH. Unter Punkt 1 "Zuständigkeit des BVA und Zulässigkeit des Antrages" führt die Antragstellerin aus, dass sie auf Grund eines Zeitungsartikels der Kronen Zeitung vom 18.10.2008 erstmals davon Kenntnis erlangt habe, dass die Auftraggeberin der B*** einen Auftrag in der Höhe von Euro 14,4 Millionen erteilt habe. Im Rahmen des Feststellungsverfahrens legte die Antragstellerin sodann mit Schriftsatz vom 13.1.2009 eine Übersicht aus dem Pressearchiv 2008 der B*** vor, in der am 14.10.2008 eine Presseaussendung angeführt ist, die einen Folgeauftrag der ASFINAG für die LKW Maut Österreich an B*** betrifft. In der Pressemitteilung wird ausgeführt, dass B*** einen Folgeauftrag in der Höhe von Euro 14,4 Millionen im Rahmen des Österreichischen LKW Mautsystems für sich verbuchen könne. Das Unternehmen werde 67 weitere Mautstationen errichten sowie Weiterentwicklungen des Österreichischen LKW Mautsystems durchführen.

Weiters wird in dieser Pressemitteilung auf der Homepage der B*** ausgeführt wie folgt: "Wir freuen uns, dass wir die komplexen Anforderungen der ASFINAG hinsichtlich des weiteren Ausbaus des LKW Mautsystems in ein gesamtes Leistungspaket verpacken und eine kommerzielle Einigung darüber herbeiführen konnten - auch nach den aktuell geforderten Kosteneinsparungen der ASFINAG", erklärt G***, Area Manager von B*** für Österreich und Schweiz. Das Unternehmen ist unter anderem Errichter des österreichischen und Errichter und Betreiber des tschechischen LKW Mautsystems.

B*** wird im Zuge des Folgeauftrages der ASFINAG Mautservice GmbH 67 weitere Mautstationen errichten. Darin enthalten sind auch 6 stationäre Kontrollstationen und einige Umbauten auf Grund von Erweiterungen von Fahrbahnquerschnitten. B*** wurde zudem von der ASFINAG mit Weiterentwicklungen des Österreichischen LKW Mautsystems beauftragt. So erfolgt zB in den nächsten Monaten eine technische Aufrüstung von mehr als 200 Vertriebsstellen des heimischen Mautsystems auf die neue Generation von GO-Box Personalisierungsstationen. Auch die mobilen Kontrollfahrzeuge werden auf Grund neuer Kundenanforderungen mit Software Adaptierungen versorgt."

Mit dem konkreten Vorbringen in ihren Schriftsätzen im Zusammenhalt mit den von ihr vorgelegten Beweisunterlagen hat die Antragstellerin die "Sache" des Feststellungsverfahrens, wie auch von § 332 Abs 1 Z 1 BVergG ausdrücklich gefordert, festgelegt. Aufgrund des gesamten Vorbringens und der vorgelegten Unterlagen ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragstellerin den in der Presseaussendung der B*** beschriebenen Folgeauftrag der ASFINAG betreffend die Errichtung von 67 weiteren Mautstationen sowie die Weiterentwicklung des österreichischen LKW - Mautsystems im Rahmen des Feststellungsverfahrens bekämpft. Der Prozessgegenstand und die Prüfbefugnis des BVA sind durch den Inhalt des gegenständlichen Feststellungsantrages im Sinne des Bundesvergabegesetzes eindeutig bestimmt und abgegrenzt (M. Möslinger – Gehmayr in Schramm/Aicher/Thienel/Fruhmam, § 332 Rz 1). Mit dem konkreten Vorbringen in ihren Schriftsätzen im Zusammenhalt mit den von ihr vorgelegten Beweisunterlagen hat die Antragstellerin die "Sache" des Feststellungsverfahrens, wie auch von Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ausdrücklich gefordert, festgelegt. Aufgrund des gesamten Vorbringens und der vorgelegten Unterlagen ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragstellerin den in der Presseaussendung der B*** beschriebenen Folgeauftrag der ASFINAG betreffend die Errichtung von 67 weiteren Mautstationen sowie die Weiterentwicklung des österreichischen LKW -

Mautsystems im Rahmen des Feststellungsverfahrens bekämpft. Der Prozessgegenstand und die Prüfbefugnis des BVA sind durch den Inhalt des gegenständlichen Feststellungsantrages im Sinne des Bundesvergabegesetzes eindeutig bestimmt und abgegrenzt (M. Möslinger – Gehmayr in Schramm/Aicher/Thienel/Fruhmann, Paragraph 332, Rz 1).

Wenn die Antragstellerin nunmehr in ihrem Schriftsatz vom 13.1.2009 unter Punkt 1,1 anzweifelt, dass mit der "Generalvereinbarung Bauprogramm" tatsächlich die für den konkreten Fall relevanten Leistungen beauftragt wurden, ist ihr zu entgegnen, dass es nicht Aufgabe des Bundesvergabebeamten sein kann, Nachforschungen dahingehend anzustellen, welche Aufträge nun tatsächlich im Wege einer "Direktvergabe" von der ASFINAG an B*** erteilt wurden, wenn die Antragstellerin erst im Rahmen des Feststellungsverfahrens zur Erkenntnis gelangt, dass möglicherweise ein anderer Auftragsumfang bzw Auftragsinhalt als der von ihr bei Antragstellung angenommene zur Vergabe gelangt ist. Dabei würde es sich um eine unzulässige Abänderung des Prozessgegenstandes handeln. Würde die Antragstellerin aufgrund neuer Erkenntnisse eine andere "Direktvergabe" der Auftraggeberin bekämpfen wollen, würde dies eine neuerliche Antragstellung erfordern.

Die Auftraggeberseite legte dem Bundesvergabebeamten die mit B*** am 8.12.2007 getroffene sogenannte "Generalvereinbarung Bauprogramm" vor. Aus dieser Generalvereinbarung geht hervor, dass diese über ein Bauprogramm mit einem Investitionsvolumen von Euro 14,4 Millionen bzw. insgesamt 67 Bauprojekten getroffen wurde. Abschließend wird in der "Generalvereinbarung Bauprogramm" ausdrücklich festgehalten, "dass diese 'Generalvereinbarung Bauprogramm' ergänzend zu unserem bestehenden Liefervertrag 'Agreement' vom 16.5.2002 in der aktuellen Fassung zu sehen ist, und alle von dieser Generalvereinbarung nicht erfassten Regelungen und Festlegungen des Liefervertrages damit auch weiterhin gelten." Aus dieser Festlegung geht eindeutig hervor, dass die "Generalvereinbarung Bauprogramm" ihre Grundlage im "Agreement" vom 16.5. 2002 hat. Thema der Generalvereinbarung sind 3 Eckpunkte nämlich Indexverzicht, Mengenrabattierung und entgeltfreie Sachleistungslieferung. Dies jedoch immer auf Basis des "Agreements".

Die durch die Auftraggeberin vorgelegte "Generalvereinbarung Bauprogramm" vom 8.12.2007 ist eindeutig dem Auftrag zuordenbar, der durch die B*** auf ihrer Homepage im Rahmen der Pressemitteilungen genannt wurde. Auf diesen Auftrag bezieht sich offensichtlich auch die Mitteilung der Kronen Zeitung vom 18.10.2008, aus welcher die Antragstellerin Kenntnis von der Auftragserteilung erlangte und daraufhin einen Antrag auf Durchführung eines Feststellungsverfahrens beim Bundesvergabebeamten stellte.

Gemäß § 332 Abs 2 BVergG stellt die vom Gesetz vorgegebene Frist von 6 Monaten, nach denen ein Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde, eine objektive Anfechtungsfrist dar, die nicht auf die individuellen, den Antragsteller betreffenden Umstände abstellt. Für das Stellen eines Feststellungsantrages ist der Beginn des Fristenlaufes bei der objektiven Anfechtungsfrist allein an den Zeitpunkt des Zuschlages geknüpft. Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufes ist eine rechtswirksame Zuschlagserteilung. Die objektive Anfechtungsfrist endet nach dem Ablauf von 6 Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde. Das Stellen eines Feststellungsantrages im Sinne des § 331 Abs 1 und 4 ist nach diesem Zeitpunkt jedenfalls ausgeschlossen. Gemäß Paragraph 332, Absatz 2, BVergG stellt die vom Gesetz vorgegebene Frist von 6 Monaten, nach denen ein Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde, eine objektive Anfechtungsfrist dar, die nicht auf die individuellen, den Antragsteller betreffenden Umstände abstellt. Für das Stellen eines Feststellungsantrages ist der Beginn des Fristenlaufes bei der objektiven Anfechtungsfrist allein an den Zeitpunkt des Zuschlages geknüpft. Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufes ist eine rechtswirksame Zuschlagserteilung. Die objektive Anfechtungsfrist endet nach dem Ablauf von 6 Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde. Das Stellen eines Feststellungsantrages im Sinne des Paragraph 331, Absatz eins und 4 ist nach diesem Zeitpunkt jedenfalls ausgeschlossen.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 26.6.2009 unter Verweis auf EuGH 27.2.2003, RS C-327/00 (Santex SpA) vorbringt, die Rechtsschutzbehörden hätten Präklusionsfristen außer Anwendung zu lassen, wenn der Auftraggeber durch sein Verhalten die Ausübung des Vergaberechtsschutzes unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert habe, so ist ihr zu entgegnen, dass der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegende Sachverhalt, ein gänzlich anderer als der dem zitierten EuGH-Judikatur zu Grunde liegende ist und das angesprochene Judikat daher keine Anwendung auf den gegenständlichen Fall finden kann.

Feststellungsanträge gemäß § 331 Abs 1 Z 1 bis 3 und Abs 4 bzw § 331 Abs 1 Z 4 BVergG unterliegen einer objektiven Anfechtungsfrist von 6 Monaten ab Zuschlagserteilung. Wird nach Überschreitung der Frist ein Feststellungsantrag

eingebraucht, ist dieser zurückzuweisen (M. Möslinger – Gehmayr in Schramm/Aicher/Thienel/Fruhmann, § 332 Rz 66 unter Hinweis auf VwGH 24.5.2006, 2006/04/0028; BVA 26.8.2005, 13F-15/00-32; VwGH 24.1.2001, 2001/04/0004; VwGH 15.9.2004, 2003/04/0145 ua.).Feststellungsanträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und Absatz 4, bzw Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BvergG unterliegen einer objektiven Anfechtungsfrist von 6 Monaten ab Zuschlagserteilung. Wird nach Überschreitung der Frist ein Feststellungsantrag eingebracht, ist dieser zurückzuweisen (M. Möslinger – Gehmayr in Schramm/Aicher/Thienel/Fruhmann, Paragraph 332, Rz 66 unter Hinweis auf VwGH 24.5.2006, 2006/04/0028; BVA 26.8.2005, 13F-15/00-32; VwGH 24.1.2001, 2001/04/0004; VwGH 15.9.2004, 2003/04/0145 ua.).

Da mit dem Abschluss der "Generalvereinbarung Bauprogramm" vom 8.12.2007 der Zuschlag an die B*** rechtswirksam erteilt, der Feststellungsantrag jedoch beim Bundesvergabeamt erst am 13.11.2008 gestellt wurde, war dieser den Bestimmungen des § 332 Abs 2 BVergG gemäß zurückzuweisen.Da mit dem Abschluss der "Generalvereinbarung Bauprogramm" vom 8.12.2007 der Zuschlag an die B*** rechtswirksam erteilt, der Feststellungsantrag jedoch beim Bundesvergabeamt erst am 13.11.2008 gestellt wurde, war dieser den Bestimmungen des Paragraph 332, Absatz 2, BVergG gemäß zurückzuweisen.

Zum Vorbringen, dass es durch die Verschmelzung der Betreibergesellschaft mit der Auftraggeberin zu einer wesentlichen Änderung der Vertragsbestimmungen gekommen sei und die Auftraggeberin den ursprünglichen Vertrag neu hätte ausschreiben müssen, ist darauf zu verweisen, dass der Verschmelzungsvertrag bereits am 14.2.2006 abgeschlossen wurde und somit auch in diesem Fall die absolute Verjährungsfrist von 6 Monaten schlagend wird.

Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da – wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt - der Feststellungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv § 319 Abs 1 BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag abzuweisen.Da – wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt - der Feststellungsantrag zurückgewiesen wurde und daher auch kein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers iSv Paragraph 319, Absatz eins, BVergG vorliegt, ist der diesbezügliche Antrag abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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