

TE Verg Bescheid 2007/10/31 N/0102-BVA/03/2007-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.10.2007

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Möbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24. Oktober 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Möbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 24. Oktober 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, dem Auftraggeber mittels einstweiliger Verfügung in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren zu untersagen, den Zuschlag erteilen, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 5. Dezember 2007 untersagt, in gegenständlichem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, die Qualitätsbewertung des Angebotes der Antragstellerin von vormals 65 Qualitätspunkte sei zu Unrecht auf 57,5 Qualitätspunkte korrigiert worden, sodass aufgrund dieser zu Unrecht und willkürlich erfolgten Reduktion der Qualitätsbewertung von Faktor 0,9 auf 0,6 die Antragstellerin beim Projekt A 22 nunmehr an 3. Stelle mit insgesamt 87,5 Punkten gereiht sei, vielmehr sei aber das Angebot der Antragstellerin entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen weiterhin mit jeweils dem Faktor 0,9 bzw mit 65 gewichteten Qualitätspunkten zu bewerten, sodass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin als Billigst - und Bestbieterin getroffen werden müsse.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Aufforderung zur Angebotsabgabe seien unter anderem folgende Bedingungen zu entnehmen:

"

1.211: Angebotsprüfung, Zuschlag und Leistungsvertrag

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten - oder Alternativangebote, oder über die bekannte Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer Frist von drei Tagen nach Verlangen eine verbindliche schriftliche Erklärung abzugeben.

....

Die Wahl des Angebots für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlage enthaltenen Kriterien und den vorliegenden ergänzenden Bestimmungen nach dem in Punkt 1,206 festgelegten Prinzip getroffen.

1.302 Ausschreibungsgegenstand

Für die Planung der S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2: Scheifling (S36)-Friesach Nord - Mölbling, wird die Dienstleistung

Fachbereich Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie für die Planungsphasen vor Projekten und Einreichprojekt inkl UVE in Form eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben.

1,305 Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

...

Gesamtpreis: 30%

Qualität: 70%"

Der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Tabelle sei zu entnehmen, dass insgesamt 5 Kriterien vorgesehen gewesen seien, bei denen jeweils 100 ungewichtete Punkte erzielt werden konnten. Im Einzelnen sei bei diesen Kriterien folgende Anzahl an gewichteten Punkten zu erreichen:

- -Strichaufzählung
Kriterium A, Referenzprojekte VP und EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren - Projektleiter: 30 gewichtete Punkte
- -Strichaufzählung
Kriterium B, Referenzprojekte VP und EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren - Projektleiter-Stellvertreter: 20 gewichtete Punkte
- -Strichaufzählung
Ausbildung und Berufserfahrung Projektleiter: 12 gewichtete Punkte
- -Strichaufzählung
Ausbildung und Berufserfahrung Projektleiter-Stellvertreter: 8 gewichtete Punkte
- -Strichaufzählung
Preis: 30 gewichtete Punkte

Zur Bewertung der Referenzprojekte sei den Ausschreibungsunterlagen Folgendes zu entnehmen:

"1,305.1.1 Referenzen

Die Errechnung der Punkte für die Referenzen erfolgt über die personenbezogenen Referenzen, die das Projektteam in den einzelnen Kriterien ausweist.

Es werden nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 1.1.1997 anerkannt und bewertet. Referenzprojekte, die vor diesem Zeitraum beauftragt wurden, werden nicht anerkannt.

Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird, wobei bereits maßgebliche Projekteinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird, wobei bereits maßgebliche Projekteinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum anführen). "

Die Gewichtung erfolge anhand folgender Kriterien und Faktoren:

Materienprojekte VP + EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren

FAKTOR

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag

im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts

nach österreichischer Rechtslage UND Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE nach österreichischer Rechtslage, sowie Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren

"Naturschutz" oder Wasserrecht 1

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag

im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts

nach österreichischer Rechtslage und Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE nach österreichischer Rechtslage und Umweltuntersuchung 0,9

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojekts nach österreichischer Rechtslage und Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE (übriger EU Raum) 0,8

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen

der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE 0,7

Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der

Erstellung eines Vorprojekts 0,6

Umweltuntersuchung im Rahmen der Erstellung einer sonstigen

Planungsphase zB Materienrechtsverfahren 0,5

Bereits in der Präqualifikation habe die Antragstellerin auf die Referenzprojekte S1 Wiener Außenring Schnellstraße Knoten Schwechat - Knoten Süßenbrunn und auf das Projekt A22 Donau-Ufer-Autobahn Knoten Kaisermühlen bis Einbindung in die A4 hingewiesen, ebenso sei darauf hingewiesen worden, dass der Auftrag für das Vorprojekt jeweils im Jahr 2004 und der Auftrag für das Einreichprojekt UVE am 31.3.2005 erteilt worden sei. Bei beiden Projekten handle es sich um Projekte des hochrangigen Straßennetzes (volle Punkteanzahl laut Ausschreibungsunterlage) mit einer Größe >10km (höchste Punkteanzahl). Bei beiden Projekten sei Auftragnehmer jeweils unter anderem die ARGE A*** und B*** OEG. Auftraggeber sei jeweils die ASFINAG gewesen.

Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen seien von der Antragstellerin ihre beiden Gesellschafter, Frau Dr. C*** und Frau Mag. Dr. D*** als Projektleiterin bzw Projektleiterin - Stellvertreterin angegeben worden. Frau Dr. C*** sei hauptverantwortlich den Fachbeitrag "Gewässerökologie" und Frau Mag. Dr. D*** den Fachbereich "Fische und Fischereiwirtschaft" zu erstellen und zu bearbeiten. Beide Projekte seien mit einem Auftrag, nämlich jenen vom 31.3.2005, beauftragt worden und habe dieser unter dem Gesamtauftrag Umweltuntersuchungen - Kartierung und Beurteilung der Tiere und ihrer Lebensräume im Rahmen des Einreichprojekts UVE auch die Fachbereiche Gewässerökologie, Fische und Fischereiwirtschaft umfasst und zwar die Erstellung des Einreichprojekts (UVE) einschließlich Materienverfahren.

Die Projektphase Vorarbeiten EP sei 2005 bereits abgeschlossen worden. Beim Projekt S 1 sei bereits das Einreichprojekt weitgehend abgeschlossen (Ist-Bestandsbewertung, teilweise Auswirkungsanalyse, erste Vorschläge für Ausgleichsmaßnahmen). Bei der A22 werde am EP bereits seit dem Auftrag im Jahr 2005 gearbeitet und sei bereits die Istbestandsbewertung (Ist-Bestandsbewertung, ca. 70-seitig) vorgelegt worden. Diese Ist-Bestandsbewertung, welche Teil des UVE-Einreichprojekts, Gewässerökologie sei, habe der Auftraggeber abgenommen und bezahlt. Die Ist-Bestandsbewertung ist sowohl qualitativ als auch quantitativ ein wesentlicher Teil des Einreichprojektes UVE: Das Kurzleistungsverzeichnis der Antragsgegnerin selbst belege dies. Von einem Gesamtauftragswert von ca 236.000.- EUR entfallen ca 209.000 EUR auf die Ist-Bestandserhebung, da eine gemeinsame Ausschreibung erfolgt sei. Dies bestätige auch der im Nachprüfungsverfahren N/0079-BVA/15/2007 (S8) zur Frage der Angemessenheit der Kostenschätzung eingesetzte Sachverständige a.o. UnivProf DI Dr. E*** Punkt 4.1.1 seines Gutachtens.

Mit der Erarbeitung der beiden Einreichprojekte (sowohl Projekt S1 als auch Projekt A22) seien auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erstellt worden; parallel zur Erarbeitung der Einreichprojekte für die UVE seien auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erarbeitet worden. Im Ergebnis seien die Unterlagen für das

Einreichprojekt der UVE gleich bzw annähernd gleich. Die für die UVE erarbeiteten Unterlagen können vom Auftraggeber mit dem gleichen Inhalt für das Materienrechtsverfahren verwendet werden. Der Inhalt der Fachbeiträge für die UVE unterscheide sich nicht bzw nur marginal von jenen des Materienrechtsverfahrens. Beim Angebot unter Punkt "Selbstdeklaration" zu den Projektleiterinnen Dr. C***und Mag. Dr. D*** seien die Referenzprojekte S1 Schwechat - Süßenbrunn und A22 Kaisermühlen-A4 jeweils mit dem Faktor 1 bewertet worden.

Bei Angebotseröffnung seien insgesamt 5 Angebote abgegeben worden sind. Der Angebotspreis der Antragstellerin sei mit EUR 131.932,00.- das günstigste Angebot. Preislich zweitgereiht sei das Angebot des Büro ZT F*** mit einem Angebotspreis von EUR 136.079,90.-. Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei mit EUR 163.126,62 um ca 24% teurer.

Mit Schreiben vom 18.6.2007 sei die Antragstellerin von der vergebenden Stelle aufgefordert worden, zu der gewählten Selbstdeklaration (Faktor 1) Stellung zu nehmen. Zum Projekt S1 Schwechat-Süßenbrunn sei moniert worden, dass noch nicht die Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht erstellt worden seien, weshalb eine Korrektur der Selbstdeklaration auf 0,9 in Aussicht gestellt worden sei. Zum Projekt A22 Kaisermühlen-A4 sei moniert worden, dass lediglich das Vorprojekt erstellt und die Einreichprojekte noch nicht einmal bearbeitet worden seien, sodass eine Korrektur auf 0,6 zu erfolgen hätte.

Die Antragstellerin habe daraufhin mit Schreiben vom 19.6.2007 mitgeteilt, dass die Methode der Umweltuntersuchung-, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE selbst zu finden und anzuwenden seien, vom Auftraggeber so gestaltet würden, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet seien und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellen, dass damit auch der § 30 WRG 1959 idgF ausreichend behandelt und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet würden, dies auch im Sinne des Auftraggebers, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt würden. Da somit der Fachbeitrag zur UVE auch Einreichoperat für das Materienverfahren Wasserrecht sei, sei in der Selbstbewertung für die S1 der Wert 1 gewählt worden. Zur A22 sei festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt (Büro G*** ZT) nachweislich übergeben worden sei, was gleichzeitig auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats sei. Es sei ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005/2006 bearbeitet werde. Daher sei auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt worden. Die Antragstellerin habe daraufhin mit Schreiben vom 19.6.2007 mitgeteilt, dass die Methode der Umweltuntersuchung-, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE selbst zu finden und anzuwenden seien, vom Auftraggeber so gestaltet würden, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet seien und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellen, dass damit auch der Paragraph 30, WRG 1959 idgF ausreichend behandelt und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet würden, dies auch im Sinne des Auftraggebers, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt würden. Da somit der Fachbeitrag zur UVE auch Einreichoperat für das Materienverfahren Wasserrecht sei, sei in der Selbstbewertung für die S1 der Wert 1 gewählt worden. Zur A22 sei festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt (Büro G*** ZT) nachweislich übergeben worden sei, was gleichzeitig auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats sei. Es sei ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005 aus 2006, bearbeitet werde. Daher sei auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt worden.

Mit Telefax vom 3.7.2007 sei die Antragstellerin über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung zugunsten Ziviltechniker F*** informiert worden. Im Vergleich zu Bestangebot habe die Antragstellerin 65 gewichtete Qualitätspunkte erhalten. Sowohl die Referenzen S 1 als auch A 22 seien mit 0,9 bewertet worden.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 sei erfolgreich ein Nachprüfungs- und Nichtigkeitsantrag beim Bundesvergabeamt eingebracht worden. Danach habe die Antragstellerin mit einer Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten gerechnet. Ausgehend von der zumindest auch vom Auftraggeber zugestandenen Bewertung der Referenzen mit dem Faktor 0,9 bzw 65 gewichteten Qualitätspunkten, habe die Antragstellerin zumindest dieselbe Punktzahl in puncto Qualität wie die Mitbewerber. Da die Antragstellerin das billigste Angebot gelegt habe, habe mit einer Zuschlagsentscheidung nach der SVA-Entscheidung gerechnet werden können. Die Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 sei jedoch zugunsten H*** ZT GmbH ausgefallen. Aus nicht ersichtlichen Gründen sei die

Qualitätsbewertung des Angebotes der Antragstellerin von vormalig 65 Qualitätspunkten auf 57,5 Qualitätspunkte korrigiert worden. Infolge dieser weiteren Reduktion der Qualitätsbewertung vom Faktor 0,9 auf 0,6 beim Projekt A 22 liege das Angebot der Antragstellerin nunmehr an 3. Stelle mit insgesamt 87,5 Punkten. Hätte der Auftraggeber weiterhin mit jeweils dem Faktor 0,9 bzw 65 gewichteten Qualitätspunkten bewertet, sei die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin als Bestbieterin zu treffen. Auf Frage der Antragstellerin, weshalb nunmehr beim 2. Gang der Bewertung das Qualitätsangebot von 65 gewichteten Punkten auf 57,5 gewichtete Punkte korrigiert worden sei, sei nicht geantwortet worden.

Die angefochtene Entscheidung verletze die Antragstellerin in ihren Rechten auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu unseren Gunsten im gegenständlichen Vergabeverfahren; auf richtige Angebotsprüfung, insbesondere Prüfung und richtige Bewertung der von uns genannten Referenzen; eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung und eine den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Angebotsprüfung, Bestbieterermittlung und Zuschlagsentscheidung.

Zum Schaden/Interesse werde ausgeführt, dass die Antragstellerin ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Auftrag habe und sei dieses Interesse durch Abgabe eines fristgerechten und rechtsverbindlichen Angebots sowie Stellung eines Nachprüfungsantrags am 10.7.2007 dokumentiert worden. Die Antragstellerin sei bemüht gewesen, allen Aufforderungen der Antragsgegnerin zu entsprechen und habe diese im Zuge des Präqualifikationsverfahrens und des gegenständlichen Angebotsverfahrens keine Kosten und Mühen gescheut, um diesen Anforderungen zu entsprechen. An Kosten für die Anbotstellung einschließlich der Kosten der Präqualifikation und Kosten des ersten Nachprüfungsantrags seien intern Kosten in Höhe von zumindest EUR 5.500,00 entstanden. Neben diesem Vertrauensinteresse betrage das Erfüllungsinteresse (Deckungsbeitrag) zumindest EUR 117.000,00.-.

Vor allem bestehe ein Interesse an der gegenständlichen Referenz. Für den Fachbereich "Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie" sei der gegenständliche Auftrag ein Großauftrag. Wie die Antragsgegnerin selbst durch die Bewertung der Referenzen hervorhebe, handle es sich um ein Projekt der höchsten Kategorie (hochrangiges Straßennetz mit einer Streckenlänge von mehr als 10km). Derartige Aufträge seien für den Fachbereich Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in Österreich Mangelware. Dieser Auftrag sei ein "Großauftrag" und von erheblicher Bedeutung, um auch in Zukunft vergleichbare Aufträge zu erlangen. Gerade die gegenständliche Bewertung des Kriteriums "Qualität" anhand erteilter Aufträge der vergebenden Stelle zeige, dass Referenzaufträge auch für die zukünftige Beauftragung von hohem Wert seien. Im Hinblick auf die Gewichtung (50% Referenzaufträge im Vergleich zu 30% Preis) sei die Frage, ob ein Referenzauftrag erlangt werde oder nicht, auch von erheblichem wirtschaftlichem Wert. De facto stünden Referenzaufträge im Vergleich zum Angebotspreis im Verhältnis 5:3. Wollte man die gegenständliche Bewertung der Antragsgegnerin für richtig empfinden, würde dies bedeuten, dass eine geringfügige niedrigere Bewertung eines Referenzauftrages de facto einen im Verhältnis ca. doppelt so hohen Preisabstand rechtfertige. In diesem Sinn gehe es gerade im gegenständlichen Fall um diese "Referenz". Es verstehe sich von selbst, dass die Antragsgegnerin als Monopolistin der Errichtung hochrangiger Straßennetze es in der eigenen Hand habe, inwieweit Referenzaufträge und damit unmittelbar mit dem Preis vergleichbare Qualitätsaspekte erzielt werden können.

Zur unrichtigen Bewertung der von angegebenen Referenzen der Projektleiterin / Projektleiterin -Stellvertreterin und unrichtigen Korrektur der Selbstdeklaration sei auszuführen, dass der Auftraggeber zu Unrecht die Selbstdeklaration der Referenzen S1 Schwechat-Süßenbrunn bzw A22 Kaisermühlen-A4 korrigiert habe; entgegen der diesbezüglichen Erklärung der Antragstellerin vom 19.6.2007. Dieser weiche damit von den eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und der ersten Bewertung vom 3.7.2007 ab. Nach den eigenen Vorgaben des Auftraggebers komme es nicht darauf an, dass eine Projektphase bereits abgeschlossen sei, das heißt, bereits ein Einreichprojekt vorliege, sondern nur darauf, dass die Projektphase zumindest ein Jahr beauftragt und bearbeitet werde und ein maßgeblicher Beitrag erbracht worden sei. Vor diesem Hintergrund sei die Projektphase "Erstellung eines Vorprojekts" und "Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE" für beide genannten Referenzprojekte S1 Schwechat-Süßenbrunn und A2 Kaisermühlen-A4 zu werten. Dies habe auch die Antragsgegnerin bis zuletzt so gesehen und gewertet.

Objektiv nicht nachvollziehbar sei, weshalb nunmehr die Bewertung des Qualitätsangebots von 65 gewichteten Qualitätspunkten auf 57,5 gewichtete Punkte reduziert worden sei bzw weshalb nunmehr die Referenz "A 22" nur mehr mit dem Faktor 0,6 akzeptiert worden sei. Der Auftraggeber selbst habe im Nachprüfungsverfahren anerkannt,

dass die Antragstellerin aufgrund des eigenen Auftrages bereits die Kartierungsarbeiten, das heißt die Ist-Zustandserhebung, durchgeführt und auch bereits einen entsprechenden Bericht vorgelegt haben. Zu ergänzen sei, dass dieser Ist-Erhebungsbericht von der Antragsgegnerin abgenommen und bezahlt worden sei. Damit sei unzweifelhaft ein wesentlicher Teil der Leistungen für das Einreichprojekt A 22 erfolgreich abgeschlossen worden, sodass nach den Ausschreibungsunterlagen auch die Projektphase "Einreichprojekt UVE Fachbereich Gewässerökologie" zu werten sei.

Der Vollständigkeit halber sei anzumerken, dass das Einreichprojekt der UVE Fachbereich Gewässerökologie zum einen aus der Ist-Zustandserhebung (wurde erfolgreich abgeschlossen) und zum anderen aus der Auswirkungsanalyse (wurde noch nicht erbracht) bestehe. Die Auswirkungsanalyse habe bisher nicht erbracht werden können, weil, wie der Auftraggeber in der Begründung zur Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 ausführt habe, noch keine Trasse festgelegt sei. Entgegen der nunmehrigen Auffassung sei das Vorliegen eines § 4-Bescheids für die Wertung der Referenz nicht erforderlich. Von dem Vorliegen eines § 4-Bescheids sei den Ausschreibungsunterlagen nichts zu entnehmen. Es komme lediglich darauf an, ob der Auftraggeber bereits die Leistung "beauftragt" habe und ein "maßgeblichen Beitrag" erbracht worden sei. Beides treffe zu; dies vor dem praktischen Hintergrund, dass die Ist-Zustandserhebung der umfassendere Teil der Arbeiten zum Einreichprojekt sei und durch das vom Auftraggeber vorgenommene "Vorziehen der Ist-Zustandserhebung" das WP-Verfahren beschleunigt werden sollte. Damit sei auch die diesbezügliche Referenz zu werten, wie dies die Antragsgegnerin auch noch in der Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 gemacht habe. Der Vollständigkeit halber sei anzumerken, dass das Einreichprojekt der UVE Fachbereich Gewässerökologie zum einen aus der Ist-Zustandserhebung (wurde erfolgreich abgeschlossen) und zum anderen aus der Auswirkungsanalyse (wurde noch nicht erbracht) bestehe. Die Auswirkungsanalyse habe bisher nicht erbracht werden können, weil, wie der Auftraggeber in der Begründung zur Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 ausführt habe, noch keine Trasse festgelegt sei. Entgegen der nunmehrigen Auffassung sei das Vorliegen eines Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, s, für die Wertung der Referenz nicht erforderlich. Von dem Vorliegen eines Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, s, sei den Ausschreibungsunterlagen nichts zu entnehmen. Es komme lediglich darauf an, ob der Auftraggeber bereits die Leistung "beauftragt" habe und ein "maßgeblichen Beitrag" erbracht worden sei. Beides treffe zu; dies vor dem praktischen Hintergrund, dass die Ist-Zustandserhebung der umfassendere Teil der Arbeiten zum Einreichprojekt sei und durch das vom Auftraggeber vorgenommene "Vorziehen der Ist-Zustandserhebung" das WP-Verfahren beschleunigt werden sollte. Damit sei auch die diesbezügliche Referenz zu werten, wie dies die Antragsgegnerin auch noch in der Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007 gemacht habe.

Zur willkürlichen Änderung der Zuschlagsentscheidung werde ausgeführt, dass der Auftraggeber die Bewertung des Qualitätsangebots der Antragstellerin willkürlich geändert habe. Entgegen der Begründung (Punkt 4 "Ablehnungsgründe", Zuschlagsentscheidung, Schreiben 17.10.2007) finde sich in der Entscheidung des Bundesvergabeamts vom 21.9.2007 kein Argument dafür, dass das Qualitätsangebot der Antragstellerin von vormals 65 gewichteten Punkten auf nunmehr 57,5 gewichtete Punkte zu korrigieren sei. Dies widerspreche auch der bisherigen Position des Auftraggebers. Offenbar sei diese nunmehrige Korrektur der Bewertung des Qualitätsangebots eine bloße "Reaktion" auf das erfolgreich geführte Nachprüfungsverfahren gegen die vormalige Zuschlagsentscheidung vom 3.7.2007. Eine derartige unbegründete Änderung der Bewertung des Qualitätsangebots sei Zeichen von Willkür. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Zur Bewertung der Referenzen mit dem Faktor 1 sei vorzubringen, dass zwar das diesbezügliche Vorbringen für richtig und aufrecht zu halten sei, es sei jedoch davon auszugehen, dass dieses Argument auch auf die nunmehrige präsumtive Bestbieterin zutrefte, sodass - im Sinne der Gleichbehandlung - entweder auch die von der Bestbieterin genannten Referenzen mit dem Faktor 1 oder sowohl die Referenzen der Bestbieterin, als auch unsere Referenz jeweils mit dem Faktor 0,9 bzw jeweils 65 gewichteten Qualitätspunkten zu werten seien.

Im Hinblick auf die nunmehr geänderte Zuschlagsentscheidung vom 17.10.2007 sei dieses Vorbringen nicht entscheidungswesentlich. Es habe keine Auswirkung auf die Reihung der Angebote, sodass dieses Vorbringen bei der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung insoweit nicht weiter aufrecht zu erhalten sei, als auch die Referenzen der Mitbewerber H*** ZT GmbH bzw I*** jeweils nur maximal mit 0,9 (ohne Materienverfahren) gewertet werden. Vor diesem Hintergrund erübrige sich die diffizile Frage, ob mit der Erstellung der Einreichprojekte auch das Materienverfahren erbracht werde.

Im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber ohne Begründung seine vormalige Bewertung der Referenzen von 65

Qualitätspunkten auf 57,5 gewichtete Qualitätspunkte bzw die Bewertung der Referenz A 22 vom Faktor 0,9 auf 0,6 zurückgestuft habe, sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung unrichtig, wonach eine jede beauftragte und seit mehr als einem Jahr bearbeitete Projektphase mit maßgeblichen Beiträgen zu werten sei. Sowohl bei der Referenz S 1 als auch bei der Referenz A 22 sei die Ist-Zustandserhebung abgeschlossen und ein entsprechender Bericht vorgelegt worden, der jeweils abgenommen und bezahlt worden sei. Dass die Antragsgegnerin nunmehr auf das Vorliegen eines § 4 Bescheids bzw eine formelle Einleitung eines UVP-Verfahren des Vorliegens einer Trassenfeststellung abstelle, findet sich in den Ausschreibungsunterlagen nicht. Das nachträgliche Abweichen von den Ausschreibungsbedingungen verstoße gegen die Gleichbehandlungsgrundsatz und darin begründetes Vertrauen. Dass auch die Referenz A 22 zumindest mit dem Faktor 0,9 bzw in Summe mit 65 gewichteten Punkten zu bewerten sei, habe der Auftraggeber selbst bis vor kurzem vorgebracht. Im Hinblick darauf, dass der Auftraggeber ohne Begründung seine vormalige Bewertung der Referenzen von 65 Qualitätspunkten auf 57,5 gewichtete Qualitätspunkte bzw die Bewertung der Referenz A 22 vom Faktor 0,9 auf 0,6 zurückgestuft habe, sei die gegenständliche Zuschlagsentscheidung unrichtig, wonach eine jede beauftragte und seit mehr als einem Jahr bearbeitete Projektphase mit maßgeblichen Beiträgen zu werten sei. Sowohl bei der Referenz S 1 als auch bei der Referenz A 22 sei die Ist-Zustandserhebung abgeschlossen und ein entsprechender Bericht vorgelegt worden, der jeweils abgenommen und bezahlt worden sei. Dass die Antragsgegnerin nunmehr auf das Vorliegen eines Paragraph 4, Bescheids bzw eine formelle Einleitung eines UVP-Verfahren des Vorliegens einer Trassenfeststellung abstelle, findet sich in den Ausschreibungsunterlagen nicht. Das nachträgliche Abweichen von den Ausschreibungsbedingungen verstoße gegen die Gleichbehandlungsgrundsatz und darin begründetes Vertrauen. Dass auch die Referenz A 22 zumindest mit dem Faktor 0,9 bzw in Summe mit 65 gewichteten Punkten zu bewerten sei, habe der Auftraggeber selbst bis vor kurzem vorgebracht.

Es bestehe daher ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Auftrag. Die Antragstellerin habe dies durch Abgabe des fristgerechten Angebots und der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren und Stellung eines Nachprüfungsantrages am 10.7.2007 dokumentiert. Der gegenständliche Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung richte sich gegen die mit Telefax vom 17.10.2007 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung. Das Angebot der Antragstellerin sei das Billigstangebot gewesen. Nach der geforderten Selbstdeklaration der angebotenen Referenzen seien diese mit der Höchstpunktzahl (70 gewichtete Punkte oder zumindest mit 65 gewichteten Qualitätspunkten) zu bewerten, sodass das Angebot auch das Bestangebot sei. Der Auftraggeber habe entgegen den Ausschreibungsbedingungen die genannten Referenzprojekte weder mit der Höchstpunktzahl noch mit 65 gewichteten Punkten (so wie bei der ersten Zuschlagsentscheidung) bewertet. Der Auftraggeber selbst habe in den Ausschreibungsunterlagen nicht darauf abgestellt, dass die Projektphasen abgeschlossen sein müssen, sondern nur, dass mit der Bearbeitung seit zumindest einem Jahr begonnen worden sei, was auch zumindest für die Projektphase (Vorprojekt/Einreichprojekt) in beiden genannten Referenzprojekten (S 1 und A 22) zutreffe. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei willkürlich. Die Bewertung des Angebots der Antragstellerin widerspreche den klaren Ausschreibungsbedingungen. Gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung bestehe kein erhebliches Interesse an einer raschen Auftragsabwicklung. Es sei eine Zuschlagsfrist bis 4.9.2007 vorgesehen, die sich bis Ende November erstreckt habe. Vor allem war der Auftraggeber bei der zweiten Zuschlagsentscheidung nicht um Eile bemüht. Man habe nahezu 1 Monat benötigt, obwohl alle Fakten bekannt gewesen seien. Es bestünden auch keine darüber hinausgehenden Interessen. Dagegen würden wir durch die Erteilung des Auftrags bzw die Verweigerung der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung vor vollendete Tatsachen gestellt. der Antragstellerin entginge ein wesentlicher Referenzauftrag für ein hochrangiges Straßennetz, das von der Antragsgegnerin selbst mit Höchstpunkten im Rahmen der Bestbieterermittlung bewertet werde.

Mit Schriftsatz vom 29. 10. 2007 nahm der Auftraggeber zum Antragsvorbringen Stellung, legte die Originalunterlagen vor und führte aus, dass die Angebotsbewertung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend erfolgt und die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der H*** getroffen worden sei.

Konkretisierend gab der Auftraggeber ab, dass die Bewertung der Angebote nach folgender Matrix erfolgt sei:

TABELLE 1

Das von dem Nachprüfungsantrag umfasste Qualitätskriterium betreffe die Referenzprojekte VP + EP mit UVE inkl Materienrechtsverfahren. TABELLE 2

Der Ablauf der Bundestraßenplanung inkl. UVP-Verfahren und sonstiger Materienrechtsverfahren erfolge folgendermaßen: Der Ablauf der Planung von Bundesstraßen beginne in Österreich nach erfolgter Strategischer Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V) mit der Aufnahme einer Verbindung in den Anhang des Bundesstraßengesetzes. Nach einer Phase der Voruntersuchung, Beurteilung der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und prinzipiellen Machbarkeit einer geplanten Verbindung, oft im Rahmen einer Korridoruntersuchung, folge die Ausarbeitung und Beurteilung unterschiedlicher Trassenvarianten im Rahmen des sog. Vorprojektes. Nach Erarbeitung einer Auswahltrasse werde diese der Umweltverträglichkeitsprüfung und anschließend bzw. parallel den Genehmigungsverfahren nach den Materiengesetzen unterzogen, in dessen Rahmen auch eine etwaige Genehmigung nach den Naturschutzgesetzen der Länder erfolge.

Ein wesentliches Merkmal im Genehmigungsverfahren für Bundesstraßen sei die Tatsache, dass die UVP für Bundesstraßen nach den Sonderbestimmungen des 3. Abschnittes des UVP-Gesetzes durchzuführen seien. Daraus resultiere gegenüber anderen UVP-Verfahren wie z.B. jenen für Industrieanlagen unter anderem eine geänderte Behördenzuständigkeit sowie der Umstand, dass eine Verfahrens- und Entscheidungskonzentration wie etwa im 2. Abschnitt des UVP-G nicht möglich sei. Somit entscheide zunächst der Bundesminister für Verkehr in einem teilkonzentrierten Genehmigungsbescheid über die Umweltverträglichkeit eines Projektes, und über jene materiengesetzlichen Bestimmungen, die - wäre kein UVP-Verfahren durchzuführen- vom Bundesminister zu vollziehen wären (z.B. Forstrecht).

Danach entscheidet der Landeshauptmann, ebenfalls mit einem teilkonzentrierten Bescheid, über jene Gesetzesmaterien, die in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen seien (z.B. Wasserrecht). Erst danach erteile die Landesregierung in ihrer Zuständigkeit einzelne Genehmigungen nach den Materienrechten wie beispielsweise dem Naturschutzgesetz. Eine Konzentration der Landesmaterien finde grundsätzlich nicht statt.

In der Praxis der Bundestraßenplanung bedeute dies, dass mit der Erstellung des Einreichprojektes und der Umweltverträglichkeitserklärung für ein Straßenbauprojekt natürlich auch Fachbeiträge zu wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Belangen erstellt werden, diese aber nicht den Detaillierungsgrad eines eigentlichen wasserrechtlichen oder naturschutzrechtlichen Einreichoperates entsprechen. Dies treffe vor allem für die Maßnahmenplanung zu. Erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde sei für den Projektwerber ersichtlich, ob das eingereichte Projekt auch aus Sicht der Behörde umweltverträglich sei, oder ob zusätzliche Auflagen oder Bedingungen zu erfüllen seien. Absolute Rechtssicherheit liege erst nach Erhalt des UVP-Bescheides vor. Aus diesem Grund werde frühestens erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens mit der eigentlichen Erstellung der wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Einreichunterlagen begonnen.

Nachstehende Grafik zeige noch einmal die Zuordnung der jeweiligen Umweltplanungen bzw. -untersuchungen im Gesamtablauf einer Bundestraßenplanung auf:

TABELLE 3

Da weder bei der "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Knoten Schwechat - Knoten Süßenbrunn" noch bei der "A 22 Donau-Ufer-Autobahn Knoten Kaisermühlen bis Einbindung in die A 4" ein Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren eingeleitet worden sei oder ein Umweltverträglichkeitsgutachten oder eine UVP-Bescheid der Behörde vorliege, können aus den angeführten Gründen die genannten Referenzen unmöglich mit dem Faktor 1,0 gewertet werden.

Betreffend die 2. Bewertung der Referenzprojekte der Antragstellerin sei auszuführen, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot als Projektleiterin bzw. Projektleiterstellvertreterin Frau Dr. C*** und Frau Mag. Dr. D*** mit den Referenzprojekten "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Knoten Schwechat - Knoten Süßenbrunn" und "A 22 Donau-Ufer-Autobahn Knoten Kaisermühlen bis Einbindung in die A 4" angegeben habe.

Zu den Referenzprojekten PL + PL Stv. - "S1 Schwechat - Süßenbrunn" sei darauf hin zuweisen, dass nach den Bestimmungen der Ausschreibung nur solche Referenzprojekte mit dem Faktor 1,0 bewertet werden können, welche eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojektes nach österreichischer Rechtslage und eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojektes mit UVE nach österreichischer Rechtslage, sowie Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" beinhalten. Das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "S1 Schwechat - Süßenbrunn" entspreche diesen Anforderungen aus folgenden Gründen nicht:

Zum Projekt "S1 Schwechat - Süßenbrunn" liege nunmehr die §14 Bundesstraßenplanungsgebietsverordnung nach BSTG vor. Das Einreichprojekt sei zur Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren sei frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtes der Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des UVP-Bescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen. Im Text der genannten Bestimmung des Punktes 1,305.1.1 der Angebotsunterlagen werde eindeutig und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass für die Bewertung eines Referenzprojektes mit dem Faktor 1,00 die Erstellung von Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" unabdingbare Voraussetzung seien.

Für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA19.1.2006, 04N-134/05-17] sei somit erkennbar, dass Referenzprojekte, welche die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" nicht beinhalten, bei der Qualitätsbewertung nur mit dem Faktor 0,90 zu berücksichtigen seien. Für Interpretationen lasse diese klare Bestimmung keinen Raum.

Im Sinne der nach § 20 Abs 1 BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter habe die Bewertung aller Angebote nach den Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhalte. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Nach Bestandskraft der Ausschreibung könne der Auftraggeber nicht mehr von seinen eigenen Bestimmungen abgehen. Dem Bundesvergabeamt sei es verwehrt, derartig bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl. RV 1171 BLG NR 22 GP 137f; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25: Im Sinne der nach Paragraph 20, Absatz eins, BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter habe die Bewertung aller Angebote nach den Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhalte. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Nach Bestandskraft der Ausschreibung könne der Auftraggeber nicht mehr von seinen eigenen Bestimmungen abgehen. Dem Bundesvergabeamt sei es verwehrt, derartig bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen [vgl. Regierungsvorlage 1171 BLG NR 22 Gesetzgebungsperiode 137f; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25:

siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 20.6.2003, 17N-46/03-34, sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003., 69f].

Die Antragstellerin bringe vor, dass der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE bestehe und versuche diese irrige Meinung mit diversen Auszügen aus den Ausschreibungsunterlagen zu untermauern. Davon abgesehen, dass der Fachbeitrag für das UVE und die Einreichunterlagen für ein Materiengesetz in keinsten Weise zu vergleichen seien, vermöge auch diese Argumentation dem Rechtsstandpunkt der Antragstellerin nicht zu helfen, denn ein Abgehen von den Ausschreibungsbestimmungen sei wie oben ausgeführt nicht möglich.

Auch die von der Antragstellerin behauptete Berücksichtigung von "Projektsphasen" führe nicht ins Treffen. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich im Teil A 1 die folgende Bestimmung:

" ...Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektsphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projekteinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektsphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektsphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projekteinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum anführen)...

*Referenzprojekt ist derjenige Gesamtauftrag, welcher zur Referenzbewertung der Leistungen des Auftragnehmers herangezogen wird.

*Als Objekt bezeichnet man denjenigen selbstständig bewertbaren Teil des Gesamtauftrages, welcher zur Referenzbewertung der Leistung eines Mitarbeiters des Auftragnehmers im einzelnen herangezogen wird. "

Wie bereits dargelegt, sei das Einreichprojekt (EP) zur Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren sei frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des §4 Bescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen. Mit der Erstellung der Unterlagen für die Materienrechtsverfahren habe daher noch nicht begonnen werden können. Voraussetzung für die Berücksichtigung einer "Projektsphase" sei jedoch, dass die Projektsphase abgeschlossen sei oder mindestens ein Jahr bearbeitet sei, wobei bereits maßgebliche Projekteinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Nachdem mit den Materienrechtsverfahren erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens bzw. nach Erhalt des §4-Bescheides begonnen werde, könne keine Rede davon sein, dass maßgebliche Projekteinhalte bearbeitet worden seien.

Die Bemühungen der Antragstellerin, die Ausschreibungsunterlagen in ihrem Sinne auszulegen, schlagen fehl. Eine Uminterpretation der Ausschreibungsunterlagen sei nämlich nicht zulässig. Der Auftraggeber sei strikt an die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gebunden. Gerade deshalb müsse auch von einer Bindung des Auftraggebers an die von ihm selbst fest gehaltenen Ausschreibungsregeln ausgegangen werden, selbst wenn diese rechtswidrig oder unzumutbar wären (BVA 05.06.2003, 12N- 32/03-15 u.v.a.).

Aus all diesen Gründen sei die Bewertung des Projektes gemäß Tabelle - Teil AI, Seite 12-gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung mit 0,9 vorzunehmen gewesen.

Zu den Referenzprojekten PL + PL Stv. - A22 Kaisermühlen - A4 sei auszuführen, dass im Angebot der Antragstellerin als Referenzprojekt für PL PL Stv auch das Projekt "A 22 Kaisermühlen - A 4" angegeben sei. Dieses Projekt beinhalte lediglich die Planungsphase Vorprojekt. Derzeit werde geprüft, welche Variante weiter verfolgt werde. Erst nach dieser Entscheidung könne mit dem Einreichprojekt (EP) begonnen werden. Ursprünglich habe der Auftraggeber dieses Referenzprojekt gemäß Pkt. 1.305.1.1 und gemäß der Gewichtungstabelle im Teil AI der Ausschreibungsunterlagen - Seite 12 der Faktor für die Planungsphasen auf 0,6 (Selbstdeklaration 1,0) korrigiert. Die Antragstellerin habe im Aufklärungsschreiben dargelegt, dass zum Projekt A22 Kaisermühlen - A4 bereits wesentliche Teile des EP bearbeitet wurden. Der Auftraggeber habe, wie auch in der mündlichen Verhandlung v. 12.7.2007 im Verfahren N/0068-BVA/03/2007 bestätigt, die Bestimmungen der Ausschreibung zugunsten der Antragstellerin, aber entgegen dem objektiven Sinngehalt der Ausschreibungsbestimmungen, ausgelegt und den Faktor für Planungsphasen für dieses Referenzprojektes auf 0,9 erhöht.

Im Zuge des Verfahrens zu N/0068-BVNO3/2007 habe der Auftraggeber feststellen müssen, dass diese Bewertung mit dem Faktor 0,9 eine unzulässige Besserstellung gegenüber den anderen Bietern darstelle. Aus diesem Grund habe der Auftraggeber die Bewertung geändert.

Hinsichtlich der Auslegung der Bestimmung der Ausschreibung werde auf Punkt 2a der Stellungnahme verwiesen, wonach Interpretationen von klaren Ausschreibungsbestimmungen nicht zulässig seien und ein Abweichen davon rechtswidrig sei.

Der Auftraggeber habe daher die Angebotsbewertung nach den Bestimmungen der Ausschreibung und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend durchgeführt und die Zuschlagsentscheidung zu Recht zugunsten der H*** ZT getroffen.

Auf Grundlage des Akteninhaltes, der Schriftsätze der Antragstellerin und des Auftraggebers sowie der vorgelegten Originalunterlagen wurde folgender für das Provisorialverfahren entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im März 2007 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) die Teilabschnitte 1 und 2 der S 37 Klagenfurter Schnellstraße, Scheifling (S36) -Friesach Nord - Mölbling für die Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP und EP inklusive UVP im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises als Dienstleistungsauftrag, CPV-Code 74230000-0, 74231300-0, im Unterwellenbereich ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Aufbereitung der Grundlagen für die Beurteilung der Beeinträchtigungen von Fische, der Fischereiwirtschaft und der Gewässerökologie

im Rahmen der Vorprojektes mit NKU zur Trassenfindung und für die Planungsphase Einreichprojekt inklusive UVE, wobei die Beurteilung der Auswirkungen in engerer Abstimmung mit der Koordination Umwelt, der technischen Planung und den weiteren Fachbeitragerstellern zu erfolgen hat. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als vorläufiger Leistungszeitraum sind 5 Jahre ab Ende 2007 angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) erfolgte am 27.3.2007.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben 5 weiteren Bewerbern einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 4.6.2007.

Mit Telefax vom 2.7.2007 hat der Auftraggeber sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der ZT F*** mit 70 Punkten Qualität gewichtet und einer Vergabesumme von netto Euro 136.079,90,- (das sind 29,0856 Punkte Preis gewichtet) bekannt gegeben. Das Angebot der Antragstellerin wurde beim Preis mit nett Euro 131.932,00,- an erste Stelle gereiht und mit 30 Punkten (gewichtet) bewertet, demgegenüber aber nur mit 65 Punkten (gewichtet) bei der Qualität.

Mit Schriftsatz vom 10.7.2007 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Referenzen der Antragstellerin unzulässigerweise unrichtig korrigiert und es unterlassen, die Referenzen der in Aussicht genommenen Bestbieterin prüfen und korrigieren und daher aufgrund unrichtiger Bewertung die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht getroffen. Bei rechtmäßiger Bewertung der Referenzen der Antragstellerin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei vielmehr dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 18.7.2007, N/0068- BVA/03/2007-EV9 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 21.9.2007, N/0068- BVA/03/2007-46 wurde dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 2.7.2007 für nichtig erklärt.

Nach neuerlicher Prüfung und Bewertung der Angebote hat der Auftraggeber basierend auf dem Ergebnis des Vergabeberichtes vom Oktober 2007 sämtlichen Teilnehmern mit Schriftsatz vom 17.10.2007 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der H*** Consulting ZT- GmbH mit einer Vergabesumme von Euro 163.126,62,- bekanntgegeben und der Antragstellerin die Ablehnungsgründe sowie die Merkmale und Vorteiles des erfolgreichen Angebotes mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 24. 10. 2007 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, die Qualitätsbewertung des Angebotes der Antragstellerin von vormalis 65 Qualitätspunkte sei zu Unrecht auf 57,5 Qualitätspunkte korrigiert worden, sodass aufgrund dieser zu Unrecht und willkürlich erfolgten Reduktion der Qualitätsbewertung von Faktor 0,9 auf 0,6 die Antragstellerin beim Projekt A 22 nunmehr an 3. Stelle mit insgesamt 87,5 Punkten gereiht sei, vielmehr aber das Angebot der Antragstellerin entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen weiterhin mit jeweils dem Faktor 0,9 bzw mit 65 gewichteten Qualitätspunkten zu bewerten sei, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin als Billigst - und Bestbieterin getroffen werden müsse.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600,- bezahlt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins
Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Da die Vergabebekanntmachung

nach dem 1.2.2006 erfolgte und damit das Vergabeverfahren nach dem 1.2.2006 eingeleitet wurde und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung samt Nachprüfungsantrag ebenfalls nach dem 1.2.2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 zur Gänze anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 180.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 (vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 180.000.- ohne Ust. und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der am 24. Oktober 2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs 1 und Abs.2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 24. Oktober 2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs.1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung

einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die H*** Consulting ZT GmbH geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Da gemäß Rechtsprechung des VfGH ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vgl. BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) und zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreicht, dass eine Verletzung der Rechte des Bieters nicht auszuschließen ist (vgl. BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war. Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Da gemäß Rechtsprechung des VfGH ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der

Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006- EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) und zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreicht, dass eine Verletzung der Rechte des Bieters nicht auszuschließen ist vergleiche BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung der Zuschlagserteilung

Dokumentnummer

VERGT_20071031_N_0102_BVA_03_2007_EV8_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