

TE Verg Bescheid 2007/10/17 N/0095-BVA/04/2007-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.10.2007

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

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 § 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 gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzenden des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 1, Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Planung der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 9.10.2007, eingebracht am 10.10.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzenden des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 1, Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Planung der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, vom 9.10.2007, eingebracht am 10.10.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung zu untersagen und die Zuschlagsentscheidung auszusetzen", wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 21. November 2007, untersagt wird, im Vergabeverfahren "S 1, Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Planung der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen" den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "S 1, Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Planung der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen" wurde am 23.6.2007 unter 2007/S119-146283 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung ergibt sich, dass der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 13.8.2007, 11.00 Uhr, fixiert, von dem an die dreimonatige Bindefrist für die Angebote berechnet wurde.

In den Ausschreibungsunterlagen wurde unter dem Pkt. 1,205 angeführt, dass für die Erbringung der Gesamtleistung der gegenständlichen Ausschreibung Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen zu erbringen seien, wovon jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft nur die Befugnis, für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen habe. Zumindest seien die Befugnisse für Planung und Ausschreibung von elektrotechnischen Anlagen, Planung und Ausschreibung von Heizungs- Klima- und Lüftungsanlagen und Planung und Ausschreibung von Maschinenbau vorzulegen. Als Zuschlagskriterien wurden der mit 30% gewichtete Gesamtpreis und das mit 70% gewichtete Kriterium Qualität genannt, welches in sieben Subkriterien gegliedert war.

Zur Angemessenheit der Preise iSv § 125 BVergG 2006 wurde zur vertieften Angebotsprüfung folgendes festgelegt: Zur Angemessenheit der Preise iSv Paragraph 125, BVergG 2006 wurde zur vertieften Angebotsprüfung folgendes festgelegt:

"Bei mehr als 25% Abweichung zum Mittelwert der angegebenen und den Bestimmungen des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden." Bei mehr als 25% Abweichung zum Mittelwert der angegebenen und den Bestimmungen des Paragraph 108, BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche Angebot keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden.

Die Prüfung auf ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis wird dabei mit folgenden Kombinationen durchgeführt und ein Angebot allenfalls ausgeschieden:

1. 1.Ziffer eins
Grundleistung + optionale Leistung (= Gesamtsumme netto)
2. 2.Ziffer 2
Grundleistung + 50% des Preises der optionalen Leistung
3. 3.Ziffer 3
Grundleistung
4. 4.Ziffer 4
optionale Leistung"

Neben der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** und

1. 3.Ziffer 3
C*** (in der Folge Antragsteller) legte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. D***, 2. E*** und 3. F*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger) ein Angebot. Nach Prüfung und Bewertung der Angebote wurde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger am 30.8.2007 die zu seinen Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit einer Stillhaltefrist bis zum 13.9.2007 mitgeteilt. Anschließend wurde der Antragsteller mit Telefax vom 30.8.2007 davon in Kenntnis gesetzt, dass sein Angebot mit folgender Begründung ausgeschieden worden sei:

"Weil ihr oben erwähntes Angebot den Ausschreibungsbedingungen widerspricht. Gemäß Teil A - 1 Pkt. 1,305.4 der Ausschreibungsunterlagen wurde für die Prüfung der Angemessenheit der Preise festgelegt, dass die Angebote, die mehr als 25% unter dem Mittelwert der abgegebenen Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird) liegen, ausgeschieden werden. Nachdem ihr Angebot (Grundleistung) unter dem so berechneten Mittelwert liegt, ist das Angebot auszuschneiden.

Weil die vom Auftraggeber festgestellten Mängel trotz Aufforderung nicht behoben wurden bzw. nicht behebbar sind."

Mit Schriftsatz vom 13.9.2007, eingebracht am 14.9.2007, protokolliert unter der Aktenzahl N/0083-BVA/04/2007, brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag ein, in dem er die Nichterklärung der Ausscheidensentscheidung vom 30.8.2007 sowie den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Gewährung einer Akteneinsicht begehrte.

Mit Schreiben vom 26.9.2007 wurde den Bietern neuerlich eine zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers lautende Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 10.10.2007, 24.00 Uhr, genannt. Dem Antragsteller wurde in dieser Zuschlagsentscheidung die Vergabesumme in Höhe von netto Euro 735.858,50 mitgeteilt. Weiters wurden ihm die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erreichten Punkte beim Zuschlagskriterium Preis und Qualität mitgeteilt.

In einem weiteren Schriftsatz vom 9.10.2007, eingebracht am 10.10.2007, protokolliert unter der Aktenzahl N/0095-BVA/04/2007, stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren und einen Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax vom 26.9.2007 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung, "wonach die Auftraggeberin beabsichtigt, der Bietergemeinschaft D***E***F*** den Zuschlag zu erteilen". Darüber hinaus wurden der Ersatz der für den Nichtigerklärungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren, sowie die Rückerstattung der für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorsichtshalber entrichteten Pauschalgebühren begehrt und ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht gestellt.

Unter Verweis auf sein Vorbringen in den Schriftsätzen vom 13.9. und vom 27.9.2007 führte der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass das in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Schema zur vertieften Angebotsprüfung basierend auf einer Mittelwertberechnung unklar sei. Es gehe nicht hervor, ob ein Ausscheiden dann erfolge, wenn bei einer der vier genannten Kombinationen die Abweichung mehr als 25% betrage oder ob dies erst dann der Fall sei, wenn bei allen Kombinationen die Abweichung mehr als 25% betrage.

Bei der Anbotsöffnung seien sowohl die Angebotspreise der Bieter als auch erstmals der geschätzte Auftragswert verlesen worden. Eine Bekanntgabe der geschätzten Auftragskosten nach Grundleistung und optionalen Leistung sei nicht erfolgt. Erst zirka eine Woche später seien erstmals Beträge zu Grundleistung (Euro 752.559,93) und optionalen Leistung (Euro 1.118.670,17) bekannt gegeben worden. Der Auftraggeber sei bei diesem Betrag von einem 20%igen Nachlass auf die Gebühren gemäß HO-IT (2004) ausgegangen. Allerdings sei beim Teilleistungsfaktor (t) für den Vorentwurf statt des gemäß der HO-IT (2004) vorgesehenen Betrages von 0,15 lediglich der Betrag von 0,07 angesetzt worden, wobei sich die Begründung dafür auf das Vorliegen des technischen Berichts aus dem Jahr 2005 von M*** gestützt habe. Darüber hinaus seien die Teilleistungsfaktoren der HO-IT (2004) -insbesondere auch für den Entwurf - unverändert übernommen worden. Der genannte Entwurf rechtfertige aber nicht ein derartiges Abweichen.

Aufgrund des Einlangens von nur 2 Angeboten im Zusammenhalt mit den Vorgaben in der Ausschreibung könnten zwangsläufig das teuerste und das billigste Angebot nicht berücksichtigt werden, sodass zur Bildung des Mittelwertes nur mehr die mangelhafte Kostenschätzung des Auftraggebers herangezogen werden könne, welche nicht nach Grundleistung und optionaler Leistung differenziere. Bei der Kombination Grundleistung und optionaler Leistung weiche das Angebot des Antragstellers um weniger als 25% vom Mittelwert ab. Damit könne das Angebot des Antragstellers aus diesem Grunde nicht ausgeschieden werden. Die Ausscheidensentscheidung sei offensichtlich auf die erst nachträglich erstellte Gebührenermittlung und die darin erstmals gesondert ausgewiesenen Beträge für Grundleistung und optionaler Leistung gestützt.

Durch die nachträgliche Bekanntgabe der Beträge für Grundleistung und optionaler Leistung könne der Auftraggeber nach Kenntnis der Angebote die Ausscheidensgrenzwerte beeinflussen. Im Vergleich zu den nachträglich bekannt gegebenen Werten des Auftraggebers liege das Angebot des Antragstellers bei den 2 Kombinationen (Grundleistung,

Grundleistung + optionale Leistung 50%) um mehr als 25% über dem Mittelwert. Zwar sei die Ausschreibung bestandfest geworden, unklare Bestimmungen dürften aber nicht zu Lasten des Bieters ausgelegt werden. Nach der Judikatur des BVA sei eine Mittelwertmethode zur pauschalen Ermittlung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises unzulässig. Da die Kostenschätzung bzw. Gebührenermittlung erst nach der Anbotsöffnung bekannt worden seien, sei keine Präklusion eingetreten. Diese könnten erst mit der nachfolgend gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden. Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei zumindest insoweit rechtswidrig, als sie erst einige Tage nach der Anbotsöffnung bekannt gegeben worden sei.

Der mit dem Bericht von M*** aus dem Jahr 2005 vom Auftraggeber begründete Abschlag zum Teilleistungsfaktor sei zweifellos zu gering. Für die bestehende Vorleistung sei für den Leistungsbereich "Vorentwurf" nämlich ein weit geringerer Arbeitsaufwand erforderlich. Dies gelte ebenso für den Leistungsbereich "Entwurf", bei welchem unzulässiger Weise dieser Bericht überhaupt keine Berücksichtigung gefunden habe. Eine Kalkulation nach der bereits Ende 2006 aufgehobenen "HO-IT" setze die Kenntnis der geschätzten Herstellkosten voraus, die im gegenständlichen Fall nicht bekannt gegeben worden seien. Es könne daher auch keine Kalkulation auf einer auf Basis der "HO-IT" von den Bietern erwartet werden. Einige Ansätze des Auftraggebers in der Gebührenermittlung seien auch in keiner Weise nachvollziehbar. Die Bestätigung zur vollständigen Verlesung aller wichtigen Teile durch den Antragsteller bei der Angebotsöffnung beziehe sich lediglich auf wesentliche Teile des Angebotes.

Die jahrelange Erfahrung bzw. eine umfassende Marktübersicht des Auftraggebers könne lediglich auf einen Überblick über einen sehr beschränkten Kreis der bisherigen Anbieter zurückzuführen sein. Das nach der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung nachträgliche Anführen von weiteren Ausscheidensgründen widerspreche nicht nur § 129 Abs. 3 BVergG 2006. Es würden auch die gewährleisteten Bekämpfungsmöglichkeiten eingeschränkt, da der Rechtsschutz für den Bieter massiv verkürzt werde. Darüber hinaus würden solche Ausscheidensgründe nicht bestehen. Für das Eignungskriterium sei in der Ausschreibung keine Mindestzahl von Referenzen für die 5 zitierten Themenbereiche gefordert gewesen. Allein das Referenzprojekt Nr. 14 "Frejus-Tunnel" decke alle Mindestforderungen ab. Das Aufforderungsschreiben des Auftraggebers vom 21.8.2007 sei unklar formuliert gewesen. Der Auftraggeber habe darin keine Nachweise für die im Teil A4, Anhang 4 angeführten Referenzprojekte gefordert. Der Auftraggeber des alle fünf Themenbereiche abdeckenden Referenzprojektes Nr. 14 sei kein öffentlicher sondern ein privater Auftraggeber. Bei einem solchen sei gemäß § 75 Abs. 2 BVergG 2006 eine einfache Erklärung ausreichend, wenn die vom Auftraggeber geforderte Bescheinigung nicht erhältlich sei. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei eine solche Bescheinigung vom Referenzauftraggeber des Referenzprojektes Nr. 14 nicht erhältlich gewesen, sodass die Eigenerklärung zu dieser Referenz hinreichend sei. Die jahrelange Erfahrung bzw. eine umfassende Marktübersicht des Auftraggebers könne lediglich auf einen Überblick über einen sehr beschränkten Kreis der bisherigen Anbieter zurückzuführen sein. Das nach der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung nachträgliche Anführen von weiteren Ausscheidensgründen widerspreche nicht nur Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006. Es würden auch die gewährleisteten Bekämpfungsmöglichkeiten eingeschränkt, da der Rechtsschutz für den Bieter massiv verkürzt werde. Darüber hinaus würden solche Ausscheidensgründe nicht bestehen. Für das Eignungskriterium sei in der Ausschreibung keine Mindestzahl von Referenzen für die 5 zitierten Themenbereiche gefordert gewesen. Allein das Referenzprojekt Nr. 14 "Frejus-Tunnel" decke alle Mindestforderungen ab. Das Aufforderungsschreiben des Auftraggebers vom 21.8.2007 sei unklar formuliert gewesen. Der Auftraggeber habe darin keine Nachweise für die im Teil A4, Anhang 4 angeführten Referenzprojekte gefordert. Der Auftraggeber des alle fünf Themenbereiche abdeckenden Referenzprojektes Nr. 14 sei kein öffentlicher sondern ein privater Auftraggeber. Bei einem solchen sei gemäß Paragraph 75, Absatz 2, BVergG 2006 eine einfache Erklärung ausreichend, wenn die vom Auftraggeber geforderte Bescheinigung nicht erhältlich sei. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei eine solche Bescheinigung vom Referenzauftraggeber des Referenzprojektes Nr. 14 nicht erhältlich gewesen, sodass die Eigenerklärung zu dieser Referenz hinreichend sei.

Das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige bzw. eines Gleichhaltungsbescheides sei grundsätzlich als ein behebbarer Mangel zu qualifizieren. Die Nichtvorlage von Dienstleistungs- bzw. Gleichhaltungsbescheiden beziehe sich ausschließlich auf Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die allerdings nicht Vertragspartei des EWR-Abkommens sei, sodass § 20 Abs. 1 BVergG 2006 nicht zur Anwendung komme. Außerdem habe der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit von der im Zuge der Novelle zum ZTG im Jahr 2005 auch auf die Schweiz erweiterten Verordnungsermächtigung bisher keinen Gebrauch gemacht. Schweizer Unternehmen seien daher weder von der EWR-

Ingenieurkonsulentinnenverordnung noch von der EWR-Architektenverordnung erfasst. Da die Bietergemeinschaft des Antragstellers neben 2 Schweizer Unternehmen auch ein österreichisches Unternehmen umfasse, könnten zudem die in Österreich zu erbringenden Leistungen vom österreichischen Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt werden. Soweit in Einzelfällen eine Leistungserbringung in Österreich erforderlich wäre, könnten derartige Aufgaben sinnvoller Weise durch das österreichische Mitglied unserer Bietergemeinschaft erledigt werden. Das Fehlen einer Dienstleistungsanzeige bzw. eines Gleichhaltungsbescheides sei grundsätzlich als ein behebbarer Mangel zu qualifizieren. Die Nichtvorlage von Dienstleistungs- bzw. Gleichhaltungsbescheiden beziehe sich ausschließlich auf Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, die allerdings nicht Vertragspartei des EWR-Abkommens sei, sodass Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 nicht zur Anwendung komme. Außerdem habe der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit von der im Zuge der Novelle zum ZTG im Jahr 2005 auch auf die Schweiz erweiterten Verordnungsermächtigung bisher keinen Gebrauch gemacht. Schweizer Unternehmen seien daher weder von der EWR-Ingenieurkonsulentinnenverordnung noch von der EWR-Architektenverordnung erfasst. Da die Bietergemeinschaft des Antragstellers neben 2 Schweizer Unternehmen auch ein österreichisches Unternehmen umfasse, könnten zudem die in Österreich zu erbringenden Leistungen vom österreichischen Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt werden. Soweit in Einzelfällen eine Leistungserbringung in Österreich erforderlich wäre, könnten derartige Aufgaben sinnvoller Weise durch das österreichische Mitglied unserer Bietergemeinschaft erledigt werden.

Das Vorbringen des Auftraggebers, dass das Angebot des Antragstellers an 2. Stelle liegen würde und daher für den Zuschlag nicht in Betracht käme, sei nach der Rechtsprechung des BVA unerheblich. Darüber hinaus sei die Bewertung des Angebotes des Antragstellers unrichtig. Dies betreffe insbesondere die Referenzprojekte "XXXX" und "XXXX". Bei den diesen Referenzprojekten zuzuordnenden, funktional und physikalisch zusammenhängenden Tunnels würde sich eine Länge von mehr als 4000 Metern ergeben. Auch wenn die Referenzprojekte "XXXX" und "XXXX" irrtümlich nicht im Anhang 3 aufgelistet gewesen seien, würden diese jedoch im Anhang 5 aufscheinen, sodass ein behebbarer Mangel vorliege. Ungeachtet dessen habe der Auftraggeber eine Aufforderung zur Verbesserung unterlassen und stattdessen rechtswidriger Weise eine Reduzierung des Faktors auf 0 vorgenommen. Beim Referenzprojekt "XXXX" sei auch ein Ausführungsplan erbracht worden, sodass ein zusätzlicher Faktor von 0,3 gebühre, der insgesamt zumindest einen Faktor von 0,55 ergebe.

Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegen § 131 BVergG 2006 nicht klar spezifiziert sei. Es sei allerdings davon auszugehen, dass es sich beim präsumtiven Zuschlagsempfänger um eine aus den Unternehmen D***E***F*** bestehende Bietergemeinschaft handle. Das erstgenannte Mitglied dieser Bietergemeinschaft verfüge über ein Gewerbeberechtigung für das "Elektroinstallationsgewerbe gemäß § 166 GewO 1973" und das dritte Mitglied dieser Bietergemeinschaft übe den Beruf des Ziviltechnikers aus. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger als Bietergemeinschaft im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren sei, liege unter den gegebenen Umständen ein eindeutiger Verstoß gegen § 21 Abs. 3 ZTG vor, womit einschlägige Vorschriften der österreichischen Rechtsordnung verletzt seien und daher die Mindestanforderungen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht erfüllt würden. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des VwGH. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegen Paragraph 131, BVergG 2006 nicht klar spezifiziert sei. Es sei allerdings davon auszugehen, dass es sich beim präsumtiven Zuschlagsempfänger um eine aus den Unternehmen D***E***F*** bestehende Bietergemeinschaft handle. Das erstgenannte Mitglied dieser Bietergemeinschaft verfüge über ein Gewerbeberechtigung für das "Elektroinstallationsgewerbe gemäß Paragraph 166, GewO 1973" und das dritte Mitglied dieser Bietergemeinschaft übe den Beruf des Ziviltechnikers aus. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger als Bietergemeinschaft im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren sei, liege unter den gegebenen Umständen ein eindeutiger Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz 3, ZTG vor, womit einschlägige Vorschriften der österreichischen Rechtsordnung verletzt seien und daher die Mindestanforderungen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht erfüllt würden. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des VwGH.

Da die Zuschlagsentscheidung keine Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes enthalte, verstoße diese gegen § 131 BVergG 2006. Diese Anforderung werde nicht durch die Angabe von Punkteergebnissen erfüllt. Ein diesbezüglicher Nachholversuch des Auftraggebers sei nicht zu berücksichtigen und verstoße gegen den effektiven Rechtsschutz. Ein Bieter sei nämlich dadurch gezwungen, einen Nachprüfungsantrag "ins Blaue" zu stellen. Außerdem werde für den Bieter auch die Anfechtungsfrist faktisch verkürzt. Andernfalls bliebe die gesetzliche Vorgabe

zur Begründung der Zuschlagsentscheidung bereits in der Mitteilung völlig sanktionslos. Da die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht einmal exemplarisch in der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung angegeben seien, sei diese "ergebnisrelevant" rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Da die Zuschlagsentscheidung keine Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes enthalte, verstoße diese gegen Paragraph 131, BVergG 2006. Diese Anforderung werde nicht durch die Angabe von Punkteergebnissen erfüllt. Ein diesbezüglicher Nachholversuch des Auftraggebers sei nicht zu berücksichtigen und verstoße gegen den effektiven Rechtsschutz. Ein Bieter sei nämlich dadurch gezwungen, einen Nachprüfungsantrag "ins Blaue" zu stellen. Außerdem werde für den Bieter auch die Anfechtungsfrist faktisch verkürzt. Andernfalls bliebe die gesetzliche Vorgabe zur Begründung der Zuschlagsentscheidung bereits in der Mitteilung völlig sanktionslos. Da die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht einmal exemplarisch in der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung angegeben seien, sei diese "ergebnisrelevant" rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Bei verfassungskonformer Interpretation der Pauschalgebührenvorschrift wären insgesamt nur Euro 3.200,-- zu entrichten. Der Auftraggeber habe die Zuschlagsentscheidung rechtswidriger Weise erst am 26.9.2007 mitgeteilt und ihm damit die Möglichkeit genommen, diese gemeinsam mit der Ausscheidensentscheidung in einem Schriftsatz zu bekämpfen. Derartige Fehler seien dem Auftraggeber anzulasten. Gebührenkumulationen im BVergG 2002 und in einzelnen Landesvergabekontrollgesetzen seien bereits für den VfGH mehrfach Grund für die Aufhebung der betroffenen Gebührenbestimmungen gewesen.

Das Interesse am Vertragsabschluß sei bereits durch die Abgabe eines umfassenden Angebotes nachgewiesen worden. Als Schaden seien bisher die frustrierten Aufwendungen in der Höhe von rd. Euro 6.300,-- exkl. USt. mit den Kosten für die Angebotserstellung (70 Stunden bei einem Stundensatz von Euro 90,--) entstanden. Weiters drohe bei einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung ein Schaden durch einen entgangenen Gewinn in der Höhe von 10% des Auftragswertes sohin rd. Euro 150.000,--. Hinzu kämen noch die Entrichtung der Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200,-- sowie die Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und der drohende Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachtet sich ins seinem Recht auf Nichtausscheiden seines Angebotes, in seinem Recht auf Einbeziehung seines Angebotes in die Bestbieterermittlung, in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages und darauf, dass eine Zuschlagsentscheidung rechtens nur mehr an ihn in Betracht komme, sowie in jenem Recht auf vertiefte Angebotsprüfung und Durchführung einer vergaberechtskonformen Kostenschätzung unter Beiziehung entsprechend geeigneter sachkundiger Personen, im Recht auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Außerdem werde die Verletzung des Rechts auf Ausscheiden des präsumtiven Zuschlagsempfängers, vergaberechtskonforme Bewertung des Angebotes und auf Mitteilung einer gesetzeskonform begründeten Zuschlagsentscheidung geltend gemacht.

Im gegenständlichen Fall würden die Interessen auf effektive Beseitigung der aufgezeigten Vergabeverstöße bei weitem die allfälligen nachteiligen Folgen für den Auftraggeber überwiegen. Mit einer Zuschlagsentscheidung würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen, die mit den Mitteln des BVergG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Außerdem habe der Auftraggeber bei der Leistungsbeschaffung und Gestaltung des Zeitplanes Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einzuplanen. Besondere Eile sei für den Auftraggeber nicht gegeben. Dies dokumentiere sich beispielsweise in der Zuschlagsentscheidung, die erst am 26.9.2007 bekannt gegeben worden sei, obwohl eine solche offensichtlich bereits am 30.8.2007 gefallen sei. Der geplante Baufertigstellungstermin liege erst im Jahr 2018. Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handle es sich jedenfalls um die einzige und gleichzeitig die gelindeste zum Ziel führende Maßnahme.

Mit Schriftsatz vom 11.10.2007 brachte der Auftraggeber unter Bezugnahme auf sein Vorbringen in den Schriftsätzen vom 17.9. und vom 9.10.2007 vor, dass der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens Euro 1.871.000,-- betrage. Es sei weder der Zuschlag ergangen noch ein Widerruf erfolgt.

Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 26.9.2007 gemäß § 131 Abs 1 BVergG 2006 bekannt gegeben worden. Diesem Schreiben habe der Antragsteller den präsumtiven Zuschlagsempfänger, die Qualitätsfaktoren, das Ende der Stillhaltefrist, die Ablehnungsgründe sowie die Vergabesumme entnehmen können. Auch sei die Vorgangsweise zur Ermittlung des Bestbieters dargelegt worden. Der Zweck der Begründungspflicht liege in der Mitteilung der Gründe für die erlassene Maßnahme, damit vom Bieter Rechte geltend gemacht werden könnten. Die

Informationen zum Ende der Stillhaltefrist, zu den Gründen für die Ablehnung des Angebotes, zur Vergabesumme, zur Vorgangsweise bei der Bewertung der Angebote, zum ermittelten Qualitätsfaktor des Bestbieters und den in der Angebotsprüfung durchgeführten quantitativen Bewertungen des Qualitätsangebotes und des Preisangebotes hätten es dem Antragsteller ermöglicht, den ihm zustehenden Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Die Zuschlagsentscheidung sei mit Schreiben vom 26.9.2007 gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG 2006 bekannt gegeben worden. Diesem Schreiben habe der Antragsteller den präsumtiven Zuschlagsempfänger, die Qualitätsfaktoren, das Ende der Stillhaltefrist, die Ablehnungsgründe sowie die Vergabesumme entnehmen können. Auch sei die Vorgangsweise zur Ermittlung des Bestbieters dargelegt worden. Der Zweck der Begründungspflicht liege in der Mitteilung der Gründe für die erlassene Maßnahme, damit vom Bieter Rechte geltend gemacht werden könnten. Die Informationen zum Ende der Stillhaltefrist, zu den Gründen für die Ablehnung des Angebotes, zur Vergabesumme, zur Vorgangsweise bei der Bewertung der Angebote, zum ermittelten Qualitätsfaktor des Bestbieters und den in der Angebotsprüfung durchgeführten quantitativen Bewertungen des Qualitätsangebotes und des Preisangebotes hätten es dem Antragsteller ermöglicht, den ihm zustehenden Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

Die Grundsätze der Wahrung von berechtigten Geschäftsinteressen und des freien und lautereren Wettbewerbes hätten keine darüber hinaus gehenden weiteren Auskünfte erlaubt. Aber selbst eine unzureichende Begründung der Zuschlagsentscheidung könnte an der Wettbewerbssituation des Antragstellers nichts ändern. Auftraggeberentscheidungen könnten nur für nichtig erklärt werden, wenn sie für den Ausgang des Vergabeverfahrens vom wesentlichen Einfluss seien, was auf das gegenständliche Verfahren nicht zutreffe. Der Antragssteller unterschreite bei der Grundleistung und der Kombination Grundleistung + 50% Option die Unterpreisgrenze deutlich, sodass sein Angebot gemäß den Ausschreibungsbestimmungen auszuscheiden sei. Mangels Anfechtung der Ausschreibung, sei die gegenständliche Ausschreibung bestandsfest geworden.

In den Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass ein Angebot, dessen Angebotspreis um mehr als 25% unter dem Mittelwert aller Angebote - wobei das Angebot mit dem niedrigsten Preis und das Angebot mit dem höchsten Preis nicht berücksichtigt würden, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers in der Ermittlung des Mittelwertes einbezogen werde, ohne weitere vertiefte Angebotsprüfung auszuscheiden sei. Dies sei beim Angebotspreis des Antragstellers der Fall. Der bei der Angebotsöffnung anwesende Antragsteller habe auch die vollständige Verlesung aller wichtigen Teile im Protokoll über die Angebotsprüfung bestätigt.

Der Auftraggeber verfüge über einschlägige Erfahrungen und könne sich daher bei gleichbleibender Marktlage auf Erfahrungswerte bei einer Kostenschätzung für einen Auftrag stützen. Im gegenständlichen Verfahren sei die Kostenschätzung mit größter Sorgfalt erstellt worden. Sie sei zunächst auf Grundlage der HO-IT ermittelt worden, wobei ein 20% Abschlag einem marktüblichen Nachlass für eine ausgeschriebene Leistung entspreche. Es sei außerdem eine Schätzung auf Postenebene durchgeführt worden. Grundlage der Kostenschätzung seien auch vergleichbare Referenzprojekte gewesen. Wie sich auch aus der Wahl der Zuschlagskriterien ergebe, habe sich der Auftraggeber für einen sehr hohen Qualitätsstandard entschieden. Erfahrungsgemäß würden viele Auftragnehmer nach Auftragsvergabe ihren billigen Angebotspreis durch Nachträge und entsprechendes Claim-Management an den tatsächlichen Aufwand anzupassen versuchen. Dem würde durch die gewählte Mittelwertmethode entgegengesteuert werden. Der technische Bericht von M*** decke keinesfalls wesentliche Leistungen des Vorentwurfes und des Entwurfes ab. Für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes seien die geschätzten Herstellungskosten herangezogen worden. Diese seien im Laufe der fortschreitenden Planung von zukünftigen Auftragnehmern zu konkretisieren.

Die vom Antragsteller angeführten Referenzprojekte im Teil A4 und der Anhang 4 "Selbstdeklaration Eignungskriterium" hätten das Kriterium Tunnelbeleuchtung nicht erfüllt. Dies ergebe sich aus den vom Antragsteller erstellten Kurzbeschreibungen zu den Referenzprojekten, wobei keinerlei Anhaltspunkte zum Kriterium Tunnelbeleuchtung zu finden gewesen seien. Dies gelte für das Referenzprojekt 13 (XXXX), das Referenzprojekt 15 (XXXX) und auch für das Referenzprojekt 14 (XXXX). Beim Referenzprojekt Nr. 17 (XXXX) habe der Auftraggeber lediglich 260 Lichtpunkte bestätigt, womit die geforderten mindestens 800 Lichtpunkte nicht erfüllt gewesen seien. Die vom Antragsteller angeführten Referenzprojekte im Teil A4 und der Anhang 4 "Selbstdeklaration Eignungskriterium" hätten das Kriterium Tunnelbeleuchtung nicht erfüllt. Dies ergebe sich aus den vom Antragsteller erstellten Kurzbeschreibungen zu den Referenzprojekten, wobei keinerlei Anhaltspunkte zum Kriterium Tunnelbeleuchtung zu

finden gewesen seien. Dies gelte für das Referenzprojekt 13 (römisch 40), das Referenzprojekt 15 (römisch 40) und auch für das Referenzprojekt 14 (römisch 40). Beim Referenzprojekt Nr. 17 (römisch 40) habe der Auftraggeber lediglich 260 Lichtpunkte bestätigt, womit die geforderten mindestens 800 Lichtpunkte nicht erfüllt gewesen seien.

Der Antragsteller sei mit Schreiben vom 21.8.2007 zur Vorlage von Auftraggeberbestätigungen für die im Teil A4, Anhang 4 angeführten Referenzprojekte aufgefordert worden. Damit seien Auftraggeberbestätigungen gemeint, zumal sich der Antragsteller mit den im Angebot angegebenen Referenzen bereits durch Unterfertigung der Bietererklärung selbst bestätigt habe. Außerdem würden für die beiden aus der Schweiz stammenden Mitglieder der Bietergemeinschaft keine Dienstleistungsanzeige bzw. keine Gleichhaltungsbescheide gemäß § 20 Abs 1 BVergG 2006 vorliegen. Insgesamt erstrecke sich die ausgeschriebene Dienstleistung über einen Zeitraum von zirka acht Monaten. Die Schweizer Dienstleistungsunternehmen müssten entsprechend dem Abkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BGBl III Nr. 133/2002, die Verfahren nach den §§ 373c, 373d oder 373e der GewO durchlaufen oder zumindest eine Dienstleistungsanzeige nach § 1 Abs 4 der EWR-Architektenverordnung bzw. der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung vorlegen. Der Antragsteller sei mit Schreiben vom 21.8.2007 zur Vorlage von Auftraggeberbestätigungen für die im Teil A4, Anhang 4 angeführten Referenzprojekte aufgefordert worden. Damit seien Auftraggeberbestätigungen gemeint, zumal sich der Antragsteller mit den im Angebot angegebenen Referenzen bereits durch Unterfertigung der Bietererklärung selbst bestätigt habe. Außerdem würden für die beiden aus der Schweiz stammenden Mitglieder der Bietergemeinschaft keine Dienstleistungsanzeige bzw. keine Gleichhaltungsbescheide gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegen. Insgesamt erstrecke sich die ausgeschriebene Dienstleistung über einen Zeitraum von zirka acht Monaten. Die Schweizer Dienstleistungsunternehmen müssten entsprechend dem Abkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, Bundesgesetzblatt Teil 3, Nr. 133 aus 2002,, die Verfahren nach den Paragraphen 373 c, 373 d, oder 373e der GewO durchlaufen oder zumindest eine Dienstleistungsanzeige nach Paragraph eins, Absatz 4, der EWR-Architektenverordnung bzw. der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung vorlegen.

Da das Angebot des Antragstellers an zweite Stelle gereiht sei, komme dieses auch für den Zuschlag nicht in Betracht. Im Bereich Verkehrs- und Leitechnik sei das Projekt "XXXX" des Antragstellers mit einer maximalen Tunnellänge von 2700m mit einem Faktor von 0,8 zu werten. Bei der Videotechnik sei für den XXXX mit einer Tunnellänge von 3200m ein Faktor von 0,8 zu vergeben. Das Referenzprojekt XXXX sei mit dem Faktor 0,6 zu bewerten. Die Referenzprojekte "XXXX" und der "XXXX" könnten beim Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt werden, da sie erst im Zuge der Angebotsprüfung für die Tunnelbeleuchtung geltend gemacht worden seien und daher die Referenzliste im Nachhinein erweitert worden sei. Da das Angebot des Antragstellers an zweite Stelle gereiht sei, komme dieses auch für den Zuschlag nicht in Betracht. Im Bereich Verkehrs- und Leitechnik sei das Projekt "XXXX" des Antragstellers mit einer maximalen Tunnellänge von 2700m mit einem Faktor von 0,8 zu werten. Bei der Videotechnik sei für den römisch 40 mit einer Tunnellänge von 3200m ein Faktor von 0,8 zu vergeben. Das Referenzprojekt römisch 40 sei mit dem Faktor 0,6 zu bewerten. Die Referenzprojekte "XXXX" und der "XXXX" könnten beim Zuschlagskriterien nicht berücksichtigt werden, da sie erst im Zuge der Angebotsprüfung für die Tunnelbeleuchtung geltend gemacht worden seien und daher die Referenzliste im Nachhinein erweitert worden sei.

Ein ständiger Austausch von Referenzprojekten im Angebot mache eine Angebotsprüfung kaum möglich bzw. unzumutbar. Beim Referenzprojekt 17 sei der Faktor 1 aufgrund der nicht abgeschlossenen Planungsphase auf 0,25 zu reduzieren. Beim Referenzprojekt "XXXX" betrage die Tunnellänge 3000m. Es hätte daher eine Reduzierung des Faktors 1 auf 0,8 im Bereich der Tunnelbetriebs- und Sicherheitstechnik erfolgen müssen. Der Antragsteller hätte mit seinem an zweiter Stelle liegendem Angebot keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt. Es sei daher von einer fehlenden Relevanz der angefochtenen Entscheidung für den Ausgang des Vergabeverfahrens auszugehen. Da zudem das Angebot des Antragstellers auszuscheiden sei, fehle es ihm an der Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Zu den oben dargestellten Ausscheidensgründen sei dem Antragsteller im Zuge der Angebotsprüfung die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Da die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten offenkundig nicht vorliegen würden, sei auch der Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig.

Zur Interessensabwägung werde darüber vorgebracht, dass das Projekt S1 Wiener Außenring Schnellstraße einen nachhaltige Entlastung für die Wohn- und Erholungsgebiete vom Durchzugsverkehr und eine Entlastung für wichtige

Verkehrsrelationen auf der A 23 mit sich bringe. Die im März 2007 abgeschlossenen Erkundungsbohrungen seien Basis für die Umweltverträglichkeitsuntersuchung. Nach der Ende 2007 geplanten Fertigstellung der technischen Planungen und der Umweltuntersuchungen sowie nach der im Februar 2008 geplanten Fertigstellung der Umweltverträglichkeitserklärung sei für April 2008 die Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung geplant. Die Baufertigstellung inklusive Bauzeit des Tunnels Donau/Lobau sei 2018 geplant. Die Grundleistungen dazu müssten bis zum April 2008 vorliegen. Für die Planung der betriebs- und sicherheitstechnischen Einrichtungen seien die zeitlichen Spielräume sehr eng. Der mit ca. 8,5 km je Tunnelröhre und mit einem Durchmesser von ca. 15m geplante Tunnel sei "Herzstück" der S1. Weitere Verzögerungen der Vergabe der gegenständlichen Leistung würden dem Fertigstellungstermin der S 1 im Jahr 2018 gefährden. Schon derzeit würde es zu erheblichen Behinderungen in der Planung der S 1 kommen. Weitere Verzögerungen würden zusätzliche Kosten nach sich ziehen. An Forcierungskosten könnten ca. 10% des Planungsbudgets für das Einreichprojekt - somit insgesamt circa Euro 700.000,-- an Mehrkosten - anfallen. Die termingerechte Fertigstellung zur Verbesserung der Verkehrssituation in Wien sei ein wichtiges Anliegen der Stadt Wien. Die S 1 sei Teil des Regionenringes, der die Konkurrenzfähigkeit des Wirtschaftsstandortes "Vienna Region" stärke. Bei Verzögerungen könnte es zu Engpässen in der Leistungsfähigkeit im Netz kommen, was vor allem schon derzeit die stark belasteten Ortdurchfahrten im Nordosten von Wien betreffe. Gefährdet seien schützenswerte Güter wie Leib und Leben, an deren Schutz ein massives öffentliches Interesse bestehe. Die Entlastung durch die S 1 bringe eine maßgebliche Verbesserung der Lebensqualität durch eine verbesserte Luftqualität und eine Reduktion des Lärmes mit sich. Bis zum Jahr 2020 würde mit der S 1 unter Berücksichtigung des erwarteten steigenden Verkehrsbedarfes ein dreifacher Entlastungseffekt bewirkt werden, der eine Reduktion der gesundheitsgefährdenden Auswirkungen der betreffenden Wohngebiete nach sich ziehe. Für die meisten Schmutzstoffe gelte, dass die Belastungskonzentration in der Nähe viel befahrener Straßen zwei- bis dreimal so hoch wie in abseits gelegenen Messgebieten sei. Mit der S 1 gehe auch eine Verringerung des Unfallrisikos im gesamten Straßennetz des Untersuchungsgebietes einher.

Der Zeitplan für die Realisierung der Infrastrukturprojekte für Straße und Schiene in Wien und Umgebung lasse keinen Spielraum für Verzögerungen zu. Vielmehr könnte eine Verzögerung des Baues der S 1 einen Verkehrskollaps bei der überlasteten A 23 und bei den Knoten Kaisermühlen und Prater nach sich ziehen. Zukünftige von der S 1 abhängige Projekte, wie der Bau der S 8 (Marchfeld Schnellstraße) und der Anbindung des Flugfeldes Aspern seien von der termingerechten Realisierung der S 1 abhängig. Das Bundesverfassungsgesetz zum Umweltschutz nehme Bezug insbesondere auf die Vermeidung von Störungen durch Lärm und Reinhaltung der Luft. Weitere Verzögerungen durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden eine Gefährdung von Leib und Leben mit sich bringen. Zu bedenken sei auch, dass im Jahr 2018 eine WM stattfinde, bei der mit einer noch stärkeren Verkehrszunahme im gegenständlichen Bereich zu rechnen sei. Das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung sei ausschließlich auf wirtschaftliche und finanzielle Aspekte konzentriert. Dem würden die finanziellen Interessen des Auftraggebers sowie noch viel "höherwertige" Interessen der Allgemeinheit gegenüber stehen. Es seien daher die Interessen des Antragstellers im Vergleich dazu nicht als überwiegend zu werten, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen sei.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungsgründung eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13, 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 u.a.). Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 vergleiche BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13, 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 u.a.).

Der Antragsteller hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt, wobei ihm der Auftraggeber mit Schreiben vom 30.8.2007 die Ausscheidensentscheidung bekannt gegeben hat. Am 26.9.2007 wurde nochmals eine Zuschlagsentscheidung getroffen, die sowohl dem Antragsteller als auch dem präsumtiven Zuschlagsempfänger übermittelt wurde. Ob das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden wurde und die Zuschlagsentscheidung gesetzeskonform ergangen ist, ist im Provisorialverfahren nicht zu klären. Die Klärung dieser Frage wird Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe an den präsumtiven Zuschlagsempfänger geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche 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 Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller ermöglicht.

Von einem in § 328 Abs 2 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 20 Abs 1 leg. cit. ist nicht auszugehen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstand noch nicht abgeschätzt werden können. Von einem in Paragraph 328, Absatz 2, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 20, Absatz eins, leg. cit. ist nicht auszugehen. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren sowie der Komplexität des Sachverhaltes die Erfolgsaussichten des vorliegenden Antrages im derzeitigen Verfahrensstand noch nicht abgeschätzt werden können.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG 2006 rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages römisch zwei. Qualifizierung des zu vergebenden Auftrages:

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren. Es handelt sich um die Vergabe einer prioritären Dienstleistung iSv Anhang III Kat. 12 BVergG 2006. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.871.000,- ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG 2006 zu qualifizieren. Es handelt sich um die Vergabe einer prioritären Dienstleistung iSv Anhang römisch drei Kat. 12 BVergG 2006. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 1.871.000,- ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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 der 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 der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne

Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes 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, leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes 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 leg. cit. 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 Bundesvergabebeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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, leg. cit. 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 Bundesvergabebeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass es für die ausgeschriebene Planungsleistung unbedingt erforderlich sei, unverzüglich zu beginnen, um den geplanten Baufertigstellungstermin im Jahr 2018 einhalten zu können, und dass durch weitere Verzögerungen Gefahr für Leib und Leben durch Steigerung des Unfallrisikos und der Umweltverschmutzung infolge erhöhten Verkehrsaufkommens sowie ein Verkehrskollaps drohen würde, vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Dies deshalb nicht, da sich der Auftraggeber nach der Bekanntgabe der ersten Zuschlagsentscheidung am 30.8.2007 fasst vier Wochen für die neuerliche Bekanntgabe der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung am 26.9.2007 "Zeit gelassen" hat.

Hinzu kommt, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 2.10.2007, N/0089-BVA/11/2007-7EV; 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4 u.v.a.). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes ist unter diesem Aspekt durchaus zumutbar. Hinzu kommt, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 2.10.2007, N/0089-BVA/11/2007-7EV; 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 19.5.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4 u.v.a.). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes ist unter diesem Aspekt durchaus zumutbar.

Dem Argument des Auftraggebers, dass sich durch weitere Verzögerungen ein finanzieller Mehraufwand ergeben würde, ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, der in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 2.10.2007, N/0089-BVA/11/2007-7EV; 29.8.2006, N/0071- BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10 u.v.a.). Dem Argument des Auftraggebers, dass sich durch weitere Verzögerungen ein finanzieller Mehraufwand ergeben würde, ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, der in der Natur der Sache liegt. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine

einstweilige Verfügung in Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 2.10.2007, N/0089-BVA/11/2007-7EV; 29.8.2006, N/0071- BVA/04/2006-EV15; BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10 u.v.a.).

Dazu ist weiters darauf zu verweisen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 29.2.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 19.5.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4). Im Übrigen ist im Rahmen der Interessensabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes hinsichtlich des Vorranges des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes zu verweisen (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/89; Alcatel Austria AG u.a.; 18.6.2006, Rs C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft m.b.H.; BVA 25.9.2007, N/0086-BVA/07/2006-EV10; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15).Dazu ist weiters darauf zu verweisen, dass nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 29.2.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 19.5.2006, N/0034- BVA/14/2006-EV4). Im Übrigen ist im Rahmen der Interessensabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes hinsichtlich des Vorranges des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes zu verweisen (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/89; Alcatel Austria AG u.a.; 18.6.2006, Rs C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft m.b.H.; BVA 25.9.2007, N/0086-BVA/07/2006-EV10; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15).

Unter Zugrundelegung der obigen Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.Unter Zugrundelegung der obigen Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gerichteten Mehrbegehrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur in unbedingt notwendigem Ausmaß beschränkt. Es war daher anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin war abzuweisen (vgl. BVA 25.9.2007, N/0086-BVA/07/2007-EV10).Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gerichteten Mehrbegehrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung jeweils die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur in unbedingt notwendigem Ausmaß beschränkt. Es war daher anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin war abzuweisen vergleiche BVA 25.9.2007, N/0086-BVA/07/2007-EV10).

Dokumentnummer

VERGT_20071017_N_0095_BVA_04_2007_EV6_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