

TE Verg Bescheid 2007/10/12 N/0088-BVA/10/2007-029

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2007

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A22 und A23 Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4. Oktober 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "A22 und A23 Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung" der Auftraggeberin Autobahnen- und

Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4. Oktober 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt wird und die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "A22 und A23 Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung", den Zuschlag zu erteilen. Die Zuschlagsentscheidung in dem genannten Vergabeverfahren wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 4. Oktober 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Mit Schriftsatz vom 24. September 2007 hatte sie bereits einen Antrag auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung gestellt. Die angefochtenen Entscheidungen sind in dem Vergabeverfahren "A22 und A23 Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost ergangen. Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH in der Folge Antragstellerin genannt, stellte am 4. Oktober 2007 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Mit Schriftsatz vom 24. September 2007 hatte sie bereits einen Antrag auf Nichtigerklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung gestellt. Die angefochtenen Entscheidungen sind in dem Vergabeverfahren "A22 und A23 Tunnelanlagen Wien, Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost ergangen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass zwei der drei Bieter der Bietergemeinschaft Schweizer Unternehmen sind. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin wegen der Nichtvorlage der Bestätigung bzw des Ansuchens auf Anerkennung gemäß § 20 BVergG der Schweizer ARGE-Mitglieder und des Schweizer Subunternehmers verwiesen und darauf, dass die Antragstellerin dieser Aufforderung nicht nachgekommen sei. Weitere Ausscheidensgründe seien nicht vorgetragen worden. Die Ausscheidensentscheidung sei der Antragstellerin am 7. September 2007 mitgeteilt worden. Der drohende Schaden bestehe in den Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren in der Höhe von ca Euro 6.300, entgangenem Gewinn in der Höhe von rund Euro 50.000, den Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie dem Verlust eines Referenzprojektes. Durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin erachtete sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, Einbeziehung ihres Angebotes in die Bestbieterermittlung, Erteilung des Zuschlags, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht. Die Antragstellerin begründete diesen Nachprüfungsantrag im Wesentlichen damit, dass ihre Schweizer Mitglieder keine Bestätigung oder Anerkennung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bedürfen. Selbst wenn diese nötig wäre, könnten sie sich auf die aufgrund der Patronatserklärungen zur Verfügung stehenden Mittel, insbesondere der Befugnis des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft berufen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass zwei der drei Bieter

der Bietergemeinschaft Schweizer Unternehmen sind. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin wegen der Nichtvorlage der Bestätigung bzw des Ansuchens auf Anerkennung gemäß Paragraph 20, BVergG der Schweizer ARGE-Mitglieder und des Schweizer Subunternehmers verwiesen und darauf, dass die Antragstellerin dieser Aufforderung nicht nachgekommen sei. Weitere Ausscheidensgründe seien nicht vorgetragen worden. Die Ausscheidensentscheidung sei der Antragstellerin am 7. September 2007 mitgeteilt worden. Der drohende Schaden bestehe in den Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren in der Höhe von ca Euro 6.300, entgangenem Gewinn in der Höhe von rund Euro 50.000, den Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie dem Verlust eines Referenzprojektes. Durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin erachtete sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebotes, Einbeziehung ihres Angebotes in die Bestbieterermittlung, Erteilung des Zuschlags, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an die Antragstellerin in Betracht komme, auf Angebotsprüfung entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben, auf Gleichbehandlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht. Die Antragstellerin begründete diesen Nachprüfungsantrag im Wesentlichen damit, dass ihre Schweizer Mitglieder keine Bestätigung oder Anerkennung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bedürfen. Selbst wenn diese nötig wäre, könnten sie sich auf die aufgrund der Patronatserklärungen zur Verfügung stehenden Mittel, insbesondere der Befugnis des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft berufen.

Mit Schriftsatz vom 24. September 2007, beim Bundesvergabeamt am 28. September 2007 eingelangt, erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle läge, wenn sie nicht ausgeschieden werde, und daher durch eine möglicherweise rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin nicht in ihren Rechten verletzt werden könne. Es drohe kein Schaden. Die Antragstellerin erfülle die Voraussetzungen des § 320 Abs 1 BVergG nicht. Aufgrund der Freizügigkeitsvereinbarung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft benötigten die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft ebenso wie Dienstleistungserbringer aus den Mitgliedsstaaten des EWR eine Anzeige nach § 20 BVergG. Eine Dienstleistungserbringung bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr sei ohne Anzeige möglich. Das ausgeschriebene Projekt erfordere jedoch weit mehr an Arbeitsleistung, sodass eine Berufung darauf ausscheide. Die Antragstellerin habe trotz Aufforderung die jedem einzelnen ARGE-Partner zukommenden Leistungsanteile nicht aufgeklärt oder widersprüchliche Angaben dazu erstattet. Die Leistungserbringung solle nach dem Personaleinsatzplan im Wesentlichen durch die Schweizer Partner der Bietergemeinschaft erfolgen. Der österreichische Partner werde lediglich unterstützend und administrativ tätig. Andererseits habe die Antragstellerin darauf verwiesen, dass wesentliche Leistungen durch den österreichischen Partner erbracht werden und entsprechende Patronatserklärungen vorgelegt. Die Unterstützung wie in den Patronatserklärungen angegeben sei auf Grund des Personaleinsatzplanes jedenfalls nicht möglich. Die Berufsausübungsbefugnis des österreichischen Partners eines Architekten genüge für die ausgeschriebenen Leistungen der Planung von maschinellen und elektrotechnischen Anlagen nicht. Die Schweizer Partner haben keine in Österreich gültige Berechtigung nachgewiesen. Die Auftraggeberin beantragte, den Nachprüfungsantrag zurück- bzw abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 24. September 2007, beim Bundesvergabeamt am 28. September 2007 eingelangt, erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle läge, wenn sie nicht ausgeschieden werde, und daher durch eine möglicherweise rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin nicht in ihren Rechten verletzt werden könne. Es drohe kein Schaden. Die Antragstellerin erfülle die Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht. Aufgrund der Freizügigkeitsvereinbarung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft benötigten die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft ebenso wie Dienstleistungserbringer aus den Mitgliedsstaaten des EWR eine Anzeige nach Paragraph 20, BVergG. Eine Dienstleistungserbringung bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr sei ohne Anzeige möglich. Das ausgeschriebene Projekt erfordere jedoch weit mehr an Arbeitsleistung, sodass eine Berufung darauf ausscheide. Die Antragstellerin habe trotz Aufforderung die jedem einzelnen ARGE-Partner zukommenden Leistungsanteile nicht aufgeklärt oder widersprüchliche Angaben dazu erstattet. Die Leistungserbringung solle nach dem Personaleinsatzplan im Wesentlichen durch die Schweizer Partner der Bietergemeinschaft erfolgen. Der österreichische Partner werde lediglich unterstützend und administrativ tätig. Andererseits habe die Antragstellerin darauf verwiesen, dass wesentliche Leistungen durch den österreichischen Partner erbracht werden und entsprechende Patronatserklärungen vorgelegt. Die Unterstützung wie in den Patronatserklärungen angegeben sei auf Grund des Personaleinsatzplanes jedenfalls nicht möglich. Die Berufsausübungsbefugnis des österreichischen Partners

eines Architekten genüge für die ausgeschriebenen Leistungen der Planung von maschinellen und elektrotechnischen Anlagen nicht. Die Schweizer Partner haben keine in Österreich gültige Berechtigung nachgewiesen. Die Auftraggeberin beantragte, den Nachprüfungsantrag zurück- bzw abzuweisen.

Am 28. September 2007 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Mit Schriftsatz vom 4. Oktober 2007 brachte die Antragstellerin den oben dargestellten weiteren Nachprüfungsantrag ein. Sie begründete ihn im Wesentlichen damit, dass ihr die Zuschlagsentscheidung am 24. September 2007 zugestellt worden sei. Die Reihung an zweiter Stelle sei mangels Informationen nicht nachvollziehbar. Allerdings sei das Bundesvergabeamt nicht zu einer hypothetischen Angebotsprüfung und damit Ermittlung des Bestbieters zuständig. Bei einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sei die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens Gegenstand des Verfahrens. Die Auftraggeberin habe nicht zur Bekanntgabe des jedem Bieter zufallenden Leistungsteils aufgefordert, sondern nur die prozentuellen Anteile an der Leistungserbringung in Bezug auf das Auftragsvolumen abgefragt. Die Aussage, dass wesentliche Leistungen durch das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft erbracht werden sollen, wurde nie getätigt. Planungsleistungen für maschinelle und elektrotechnische Anlagen dürften von Ingenieurkonsulenten erbracht werden. Hinsichtlich des Interesses am Vertragsabschluss, dem drohenden Schaden und der Beschwerdepunkte verwies die Antragstellerin auf den ersten Antrag. Ergänzend brachte sie vor, dass sie sich in ihrem Recht auf Mitteilung einer gesetzeskonform begründeten Zuschlagsentscheidung, die insbesondere die auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots umfasst. Die Begründung der Auswahl eines Bestbieters in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung dürfe sich nicht auf Punktesummen beschränken. Schon aus diesem Grund wäre die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Der Auftraggeber dürfe nicht die Möglichkeit bekommen, durch mangelhafte Angabe bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung die Überprüfung derselben unmöglich zu machen. Aus den Punktesummen ließen sich keine Rückschlüsse auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots ziehen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf ihr bisheriges Vorbringen und führte im Wesentlichen aus, dass eine einstweilige Verfügung in der Regel zu erlassen ist. Die Auftraggeberin schaffe durch eine mögliche Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen. Die Antragstellerin wäre zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen, was zu einer Erschwerung führe. Damit sei eine rasche Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits nicht mehr möglich. Das Interesse an der effektiven Beseitigung der im gegenständlichen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin zu verantworteten Vergabeverstöße überwiege bei weitem das Interesse der Auftraggeberin am Unterbleiben derselben. Es seien keine weiteren gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen ersichtlich. Die Auftraggeberin hätte die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens bei ihrer Zeitplanung berücksichtigen müssen. Es sprächen keine öffentlichen Interessen gegen die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung. Vielmehr bestehe das öffentliche Interesse der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Zur Sicherstellung der Effektivität des Nachprüfungsverfahrens sei eine einstweilige Verfügung jedenfalls notwendig.

Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2007 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass das Ergebnis der Angebotsbewertung für die Antragstellerin überprüfbar ist. Die Angaben der Bieter zu den Qualitätskriterien seien im Zuge der Angebotsöffnung ebenso wie die Preise verlesen worden. Es sei nachvollziehbar, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht sei. Der Nachprüfungsantrag sei wegen mangelnder Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung abzuweisen. Aus einem Größenschluss sei abzuleiten, dass einem Schweizer Unternehmen nicht mehr Rechte zukommen als einem im EWR ansässigen sollten. Die Antragstellerin habe auch nicht bekannt gegeben, welches Mitglied der Bietergemeinschaft welchen Prozentsatz der Leistung erbringe. Wenn Art 5 des Freizügigkeitsabkommens eine tatsächliche Leistungsdauer von bis zu 90 Tagen im Kalenderjahr ohne Anzeige zulasse, sei damit nicht die physische Anwesenheit im Staat der Leistungserbringung sondern die Projektdauer gemeint. Das österreichische Mitglied der Antragstellerin verfüge nicht über eine Befugnis zu Erbringung der Leistungen im Bereich von Maschinenbau, Lüftungstechnik und Elektrotechnik. Die Bewertung sei aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibung erfolgt. Die Angaben in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung genügten, um einen Nachprüfungsantrag stellen zu können. Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2007 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass das Ergebnis der Angebotsbewertung für die Antragstellerin überprüfbar ist. Die Angaben der Bieter zu den Qualitätskriterien seien im Zuge der Angebotsöffnung ebenso wie die Preise verlesen worden. Es sei nachvollziehbar, dass die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht sei. Der Nachprüfungsantrag sei

wegen mangelnder Chancen der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung abzuweisen. Aus einem Größenschluss sei abzuleiten, dass einem Schweizer Unternehmen nicht mehr Rechte zukommen als einem im EWR ansässigen sollten. Die Antragstellerin habe auch nicht bekannt gegeben, welches Mitglied der Bietergemeinschaft welchen Prozentsatz der Leistung erbringe. Wenn Artikel 5, des Freizügigkeitsabkommens eine tatsächliche Leistungsdauer von bis zu 90 Tagen im Kalenderjahr ohne Anzeige zulasse, sei damit nicht die physische Anwesenheit im Staat der Leistungserbringung sondern die Projektdauer gemeint. Das österreichische Mitglied der Antragstellerin verfüge nicht über eine Befugnis zu Erbringung der Leistungen im Bereich von Maschinenbau, Lüftungstechnik und Elektrotechnik. Die Bewertung sei aufgrund der Festlegungen in der Ausschreibung erfolgt. Die Angaben in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung genügten, um einen Nachprüfungsantrag stellen zu können.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Auftraggeberin zusammengefasst vor, dass das Planungsgebiet Wien ein DTV von 200.000, die Tunnels entlang der A 23 und der Kaisermühlentunnel einen DTV von 100.000 aufwiesen. Die ausgeschriebene Planung sei für die Sicherheit notwendig. Im Hinblick auf den engen Zeitplan und dem aus der im Juni 2008 beginnenden Euro 2008 entstehenden Druck, das Vorhaben fertig zu stellen, kann eine Verzögerung zu einer Gefährdung von Leib und Leben führen. Dieses überwiege das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin. Daher beantragte die Auftraggeberin, den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost saniert die Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen für Tunnelanlagen (BuS) entsprechend den aktuellen Anforderungen der RVS Richtlinien, des STSG und der Ausrüstungsrichtlinien der ASFINAG im Bereich der Nachrichten- und Verkehrstelematik. Es sind durch diese Änderungen Anpassungen und Erneuerungen der Steuerungs- und Leittechnik sowohl in den Tunnelanlagen als auch in der Überwachungszentrale erforderlich. Die Anlagenbedienung und - Überwachung wird mit einigen Ausnahmen von Anlagenkomponenten der ASFINAG Verkehrstelematik GmbH ausschließlich von der Überwachungszentrale-Kaisermühlen der ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost durchgeführt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Zu diesem Zweck schrieb die Auftraggeberin die Planung und Erstellung der Ausschreibungsunterlagen für die E&M Sanierung der Wiener Tunnelanlagen auf der A22 und A32 inklusive der Kurztunnel und Grünbrücken sowie der erforderlichen Leistungen für die Einbindung in die Überwachungszentrale Kaisermühlen unter ständiger Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft der BuS unter laufendem Verkehr als Dienstleistungsauftrag in einem offenen Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich aus. Die relevanten CPV-Codes sind 74232200 - Y038, 31600000 - Y038, 74231100 - Y038, 31730000 - Y038, 31720000 - Y038. Er ist der Dienstleistungskategorie 12 zugeordnet. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 400.000 ohne USt. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 21. Juni 2007, 2007/S 117-144008, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 20. Juni 2007, L-330112-7619, beide abgesandt am 20. Juni 2007, bekannt gemacht. Die erste Berichtigung zur Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 22. Juni 2007, 2007/S 118-144194, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 21. Juni 2007, L-330119-7620, beide abgesandt am 20. Juni 2007, bekannt gemacht. Darin wurde die Ausführungsdauer richtig gestellt. Die zweite Berichtigung zur Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 12. Juli 2007, 2007/S 132-161249, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 11. Juli 2007, L-336053-779, beide abgesandt am 9. Juli 2007, bekannt gemacht. Darin wurden Bieteranfragen betreffend die Zulassung von Referenzen aus der Schweiz und die Kopplung der Referenzen an das Personal/Unternehmen beantwortet. Die dritte Berichtigung zur Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften vom 25. Juli 2007, 2007/S 141-174072, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 24. Juli 2007, L-339436-7723, beide abgesandt am 23. Juli 2007, bekannt gemacht. Darin wurde in den Ausschreibungsunterlagen der Punkt 1,305.2.1 Referenzen konkretisiert. Das Ende der Angebotsfrist war der 31. Juli 2007, 14.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Öffnung der Angebote in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle erfolgen. Der Zuschlag sollte dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen erteilt werden. Die Ausführungszeit soll entsprechend der ersten Berichtigung der Ausschreibung 45 Wochen betragen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Angaben der Auftraggeberin; amtliche Einschau unter ted.europa.eu und auftrag.at)

In den Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass sich die Zuschlagskriterien zu 50 % aus den Punkten für den Preis und zu 50 % aus den Punkten für Qualität zusammensetzen. Die Punkte für Qualität konnten zu 80 % aus Referenzen der jeweiligen Projektleiter (2 Referenzen und eine Ersatzreferenz mit 40 Punkten für den Projektleiter Tunneltechnik und BuS, 1 Referenz und eine Ersatzreferenz für den Projektleiter Lüftung mit 20 Punkten, 2 Referenzen und eine Ersatzreferenz für den Projektleiter Verkehrs- und Nachrichtentechnik mit 40 Punkten) und zu 20 % aus dem verfügbaren Personal der Bieter erzielt werden. Dabei wurden 5 % für die Ausbildung des Fachprojektleiters und 15 % für die verfügbaren Mitarbeiter vergeben. Die Angaben dazu erfolgten durch die Bieter im Wege einer "Selbstdeklaration". (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei der Angebotsöffnung kam hervor, dass vier Bieter und Bietergemeinschaften Angebote gelegt hatten. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte ein Angebot mit einem Gesamtpreis von Euro 485.603,30 ohne USt und der maximal erzielbaren Zahl an Qualitätspunkten. Dieses Angebot war das günstigste. Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einem Gesamtpreis vom Euro 538.945,57 ohne USt und der maximal erzielbaren Zahl an Qualitätspunkten. Dieses Angebot war das zweitbilligste. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Zuge der Angebotsprüfung hinterfragte die Auftraggeberin die bewertungsrelevanten Referenzen der Bieter. Bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wurden Korrekturen vorgenommen. Ebenso wurden bei der Antragstellerin Korrekturen vorgenommen. Diese sind im Vergabebericht begründet und dokumentiert. Dadurch reduzierte sich die Bewertung im Punkt Qualität von 50 erzielbaren Punkten auf 48,35 Punkte bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und auf 46,65 Punkte bei der Antragstellerin. Bei der Bewertung des Preises erzielte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin 50 Punkte und die Antragstellerin 45,05 Punkte. Insgesamt wurde das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit 98,35 Punkten bewertet, jenes der Antragstellerin mit 91,7 Punkten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Selbst bei Heranziehen der Selbstdeklaration, wodurch der Antragstellerin im Zuschlagskriterium Qualität die maximale Punktzahl von 50 Punkten gebührte, ist ihr Angebot mit 95,05 Punkten zu bewerten, da sie im Zuschlagskriterium Preis keinesfalls mehr als 45,05 Punkte erreichen kann.

(Eigenberechnung des Bundesvergabeamtes)

Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin mit Telefax vom 6. August 2007 auf, eine Bestätigung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung gemäß § 20 BVergG für die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und den namhaft gemachten Subunternehmer vorzulegen. Weiters sollte die Antragstellerin beglaubigte Übersetzungen aller jener Teile des Angebotes vorlegen, die in italienischer Sprache vorgelegt worden waren. Für die Mitglieder der Bietergemeinschaft war der Anteil der Leistungen des jeweiligen Bietergemeinschaftsmitgliedes in Bezug auf das Auftragsvolumen in Prozent bekannt zu geben. Der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über den Subunternehmer war vorzulegen. Die im Projektorganigramm dargestellte Stabsstelle war mit Funktion und Einfluss auf die Projektabwicklung zu beschreiben. Die Leistungen und Funktionen des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft sollte definiert werden. Das Begeleitschreiben des Angebotes war mit dem angeführten Preisnachlass im Original vorzulegen. Die Auftraggeberin fragte nach, ob die drei Berichtigungen bei der Angebotserstellung berücksichtigt wurden. Sie fragte nach, ob die im Personaleinsatzplan angegebenen Mitglieder der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig sind. Weiters fragte sie nach, ob bei der Einsatzdauer und dem eingesetzten Personal berücksichtigt war, dass eine detaillierte Bestandsaufnahme aller Anlagen durchzuführen ist. Der Anhang 8 war für die Referenzprojekte Lüftungstechnik / Maschinenbau und Tunneltechnik gemäß einem beiliegenden Muster zu ergänzen. Diese Aufklärungen waren bis 14. August 2007, 10.00 Uhr, bei sonstiger Ausscheidung nachzureichen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin forderte die Antragstellerin mit Telefax vom 6. August 2007 auf, eine Bestätigung gemäß EWR-Architektenverordnung oder EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung gemäß Paragraph 20, BVergG für die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft und den namhaft gemachten Subunternehmer vorzulegen. Weiters sollte die Antragstellerin beglaubigte Übersetzungen aller jener Teile des Angebotes vorlegen, die in italienischer Sprache vorgelegt worden waren. Für die Mitglieder der Bietergemeinschaft war der Anteil der Leistungen des jeweiligen Bietergemeinschaftsmitgliedes in Bezug auf das Auftragsvolumen in Prozent bekannt zu geben. Der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit über den Subunternehmer war vorzulegen. Die im Projektorganigramm dargestellte Stabsstelle war mit Funktion und Einfluss auf die Projektabwicklung zu beschreiben. Die Leistungen und Funktionen des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft sollte definiert werden. Das Begeleitschreiben des Angebotes war mit dem angeführten

Preisnachlass im Original vorzulegen. Die Auftraggeberin fragte nach, ob die drei Berichtigungen bei der Angebotserstellung berücksichtigt wurden. Sie fragte nach, ob die im Personaleinsatzplan angegebenen Mitglieder der deutschen Sprache in Wort und Schrift mächtig sind. Weiters fragte sie nach, ob bei der Einsatzdauer und dem eingesetzten Personal berücksichtigt war, dass eine detaillierte Bestandsaufnahme aller Anlagen durchzuführen ist. Der Anhang 8 war für die Referenzprojekte Lüftungstechnik / Maschinenbau und Tunneltechnik gemäß einem beiliegenden Muster zu ergänzen. Diese Aufklärungen waren bis 14. August 2007, 10.00 Uhr, bei sonstiger Ausscheidung nachzureichen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 11. August 2007 teilte die Antragstellerin mit, dass die Befugnisse des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft zusammen mit dem Angebot abgegeben worden waren. Einen Teil der Befugnisse deckte einer seiner Mitarbeiter ab. Die Schweizer Mitglieder der Bietergemeinschaft stützten sich auf die Befugnis des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft. Entsprechende Patronatserklärungen lägen bei. Die Nachweise wurden in deutscher Sprache vorgelegt. Der Nachweis der Verfügbarkeit über den Subunternehmer wurde durch die Subunternehmererklärung im Angebot eine mit dem Fax vorgelegte Patronatserklärung erbracht. Die Antragstellerin erklärte die Funktion der Stabstelle in Zusammenhang mit der Projektleitung. Sie sollte diverse administrative Tätigkeiten übernehmen und die Qualitätssicherung sicherstellen. Das österreichische Mitglied der Bietergemeinschaft bringe seine Leistung in den erwähnten Bereichen und durch zwei seiner Mitarbeiter ein. Das Originalbegleitschreiben wurde vorgelegt. Die Berichtigungen seien berücksichtigt worden. Die Referenzlisten wurden vorgelegt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 17. August 2007 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin auf, Erläuterungen zu Referenzen abzugeben. Ein namhaft gemachter Mitarbeiter sei bei einer anderen Gesellschaft beschäftigt. Die Anzahl der Mitarbeiter des österreichischen Mitglieds der Bietergemeinschaft wurde abgefragt. Wenn diese Anzahl weniger als 15 sein sollte, sollten sie namentlich genannt und den Bereichen Administration und Technik zugeordnet werden. Um die Offenlegung von Naheverhältnissen wurde ersucht. Die Aufklärung sollte bis 27. August 2007, 9.00 Uhr erfolgen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 25. August 2007 erteilte die Antragstellerin die gewünschten Auskünfte. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 7. September 2007 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. Sie wurde damit begründet, dass ihr mit Telefax vom 6. August 2007 die

1. 1.Ziffer eins

Aufforderung zur Aufklärung zugestellt wurde. Darin hatte die Auftraggeberin zur Vorlage einer Bestätigung oder eines Ansuchens um eine Bestätigung iSd § 20 BVergG ersucht. In Beantwortung der Anfrage zur Aufklärung seien diese Unterlagen nicht übersendet und ihr Fehlen auch nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden. Das Angebot sei daher auf Grundlage von § 129 Abs 1 Z 11 und Abs 2 BVergG ausgeschieden worden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Aufforderung zur Aufklärung zugestellt wurde. Darin hatte die Auftraggeberin zur Vorlage einer Bestätigung oder eines Ansuchens um eine Bestätigung iSd Paragraph 20, BVergG ersucht. In Beantwortung der Anfrage zur Aufklärung seien diese Unterlagen nicht übersendet und ihr Fehlen auch nicht nachvollziehbar aufgeklärt worden. Das Angebot sei daher auf Grundlage von Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 11 und Absatz 2, BVergG ausgeschieden worden. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 14. September 2007 teilte die Auftraggeberin allen Bietern außer der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit. Mit Telefax vom 24. September teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Der gegenständliche Auftrag wurde als Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVerG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten zur Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung, Dienstleistungen der Kategorie 12, somit um prioritäre Dienstleistungen nach Anhang III zum BVerG. Der gegenständliche Auftrag wurde als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVerG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten zur Detailplanung und Ausschreibung für die E&M-Sanierung, Dienstleistungen der Kategorie 12, somit um prioritäre Dienstleistungen nach Anhang römisch drei zum BVerG.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art II § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr 591/1982 idF BGBl I Nr 26/2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Art II § 5 eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art II § 9 Abs 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVerG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art 14b Abs 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 26 aus 2006,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVerG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben.

Vergebende Stelle ist die ASFINAG Autobahn Service GmbH Ost.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVerG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVerG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVerG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVerG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVerG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Das Vorbringen der Auftraggeberin ist Inhalt des Nachprüfungsverfahrens und bedarf einer eingehenderen Prüfung. Seine Richtigkeit ist nicht offensichtlich iSd § 328 BVergG. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Das Vorbringen der Auftraggeberin ist Inhalt des Nachprüfungsverfahrens und bedarf einer eingehenderen Prüfung. Seine Richtigkeit ist nicht offensichtlich iSd Paragraph 328, BVergG.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 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 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 hat das Bundesvergabeamt vor der 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 hat das Bundesvergabeamt vor der 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 BVergG 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 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.

Nach § 329 Abs 3 BVergG 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, 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. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, 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.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Erhalt des Auftrags, als Voraussetzung dafür in der Überprüfung der Ausscheidensentscheidung. Dazu notwendige weitere Voraussetzung ist, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der eine Zuschlagserteilung an sie nicht endgültig verhindert. Daher hat sie ein Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Auftraggeberin macht keine eigenen Interessen geltend. Sie verweist auf das öffentliche Interesse der Abwehr einer Gefahr für Leib und Leben, die auf den extrem stark befahrenen Tunnelabschnitten bei Unterlassen oder selbst einer Verzögerung der Umsetzung der begehrten Maßnahmen besteht.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen

Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Im gegenständlichen Verfahren ist davon auszugehen, dass diese Verzögerung nicht von erheblichem Ausmaß sein wird, da bereits für 17. Oktober 2007 eine mündliche Verhandlung angesetzt ist und zu erwarten ist, dass voraussichtlich gegenüber dem Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung von höchstens einer Woche eintreten wird. In Anbetracht der Projektdauer von 45 Wochen ist diese Verzögerung zumutbar. Dadurch tritt auch keine wesentliche Beeinträchtigung des von der Auftraggeberin geltend gemachten und zweifellos berücksichtigungswerten öffentlichen Interesses ein. Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die

Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Im gegenständlichen Verfahren ist davon auszugehen, dass diese Verzögerung nicht von erheblichem Ausmaß sein wird, da bereits für 17. Oktober 2007 eine mündliche Verhandlung angesetzt ist und zu erwarten ist, dass voraussichtlich gegenüber dem Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung von höchstens einer Woche eintreten wird. In Anbetracht der Projektdauer von 45 Wochen ist diese Verzögerung zumutbar. Dadurch tritt auch keine wesentliche Beeinträchtigung des von der Auftraggeberin geltend gemachten und zweifellos berücksichtigungswerten öffentlichen Interesses ein.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Diese Maßnahme ist auch nicht überschießend, da einerseits die Interessen der Antragstellerin ausschließlich durch die Erteilung des Zuschlages geschädigt werden können und andererseits die Auftraggeberin die volle Dispositionsmöglichkeit über alle übrigen Entscheidungen des Vergabeverfahrens behält. Allerdings ist diese Maßnahme alleine nicht der Vollstreckung zugänglich und nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit eines allfällig geschlossenen Vertrags bedroht. Das Aussetzen der Zuschlagsentscheidung verhindert den Ablauf der Stillhaltefrist. Ein allfälliger Vertragsabschluss wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 132 Abs 1 BVergG nichtig. Der Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages wäre der Auftraggeberin daher nicht möglich. Darüber hinaus wäre jedoch die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin in keiner Weise eingeschränkt. Um sicher zu stellen, dass eine Schädigung der Interessen der Antragsstellerin verhindert wird, ist diese Maßnahme neben dem Verbot der Erteilung des Zuschlages geeignet (so Mecenovic/Ozimic, Praxiskommentar zu Neuerungen des BVergG 2002, RPA 2003, 183 (188)). Die Summe beider Maßnahmen ist daher auch das gelindeste, noch zum Ziel führende Mittel. Es soll somit lediglich der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Diese Maßnahme ist auch nicht überschießend, da einerseits die Interessen der Antragstellerin ausschließlich durch die Erteilung des Zuschlages geschädigt werden können und andererseits die Auftraggeberin die volle Dispositionsmöglichkeit über alle übrigen Entscheidungen des Vergabeverfahrens behält. Allerdings ist diese Maßnahme alleine nicht der Vollstreckung zugänglich und nicht mit der Sanktion der Nichtigkeit eines allfällig geschlossenen Vertrags bedroht. Das Aussetzen der Zuschlagsentscheidung verhindert den Ablauf der Stillhaltefrist. Ein allfälliger Vertragsabschluss wäre aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in Paragraph 132, Absatz eins, BVergG nichtig. Der Abschluss eines rechtsgültigen Vertrages wäre der Auftraggeberin daher nicht möglich. Darüber hinaus wäre jedoch die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin in keiner Weise eingeschränkt. Um sicher zu stellen, dass eine Schädigung der Interessen der Antragsstellerin verhindert wird, ist diese Maßnahme neben dem Verbot der Erteilung des Zuschlages geeignet (so Mecenovic/Ozimic, Praxiskommentar zu Neuerungen des BVergG 2002, RPA 2003, 183 (188)). Die Summe beider Maßnahmen ist daher auch das gelindeste, noch zum Ziel führende Mittel. Es soll somit lediglich der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung soll bewirken, dass letztere vorläufig unwirksam und eine Zuschlagserteilung unmöglich ist (BVA 12.7.2007, N/0067-BVA/02/2007-018)

§ 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030 BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; BVA 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020). Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung (2000), Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030 BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; BVA 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020).

Dokumentnummer

VERGT_20071012_N_0088_BVA_10_2007_029_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