

TE Verg Bescheid 2007/7/17 N/0068-BVA/03/2007-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.07.2007

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschké gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabe-gesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Mölbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße

5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10. Juli 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Matauschek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitt 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Möbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen Vorprojekt und Einreichprojekt inkl. UVP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** alle vertreten durch RA X***, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 10. Juli 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

SPRUCH

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

Dem Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 21. August 2007 untersagt wird, in gegenständlichem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 10.7.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die von der Antragstellerin zu den Referenzprojekten S1 Wiener Außenringschnellstraße Schwechat - Süßenbrunn und A 22 Donau-Ufer Autobahn Kaisermühlen bis Einbindung in die A 4 angegebene Selbstdeklaration in unzulässiger, willkürlicher Weise korrigiert und damit die angegebenen Referenzen unrichtig bewertet. Vielmehr hätte der Auftraggeber die Selbstdeklaration nach entsprechender Rechtfertigung durch die Antragstellerin akzeptieren und damit auch dem Qualitätsangebot der Antragstellerin die höchstmögliche Punktezahl von 70 Punkten zuerkennen müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei daher zu Unrecht zugunsten der ZT Kanzlei C*** getroffen worden. Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über zwei Referenzprojekte im Bereich Gewässerökologie und Naturschutz mit allen abgeschlossenen Bereichen, weshalb die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grunde unrichtig sei; richtigerweise hätte die vergebende Stelle auch die Referenzprojekte der in Aussicht genommenen Bestbieterin prüfen und korrigieren müssen, mit dem Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin jedenfalls an erste Stelle zu reihen und bei richtiger Bewertung der Referenzangebote der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen sei. Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Leistungsgegenstand unterscheide zwischen der Phase 1 Vorprojekt und der Phase 2 Einreichprojekt mit voraussichtlicher Bearbeitung in zwei Abschnitten; eine gesonderte dritte Phase (Materienrechtsverfahren) sei nicht enthalten, vielmehr finde sich zur Phase 2 Einreichprojekt unter anderem (einer von 15 Punkten) der Hinweis auf die Mithilfe und Unterstützung bei der Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen für Eisenbahn-, Wasser- und Naturschutzrecht. Eine gesonderte Leistungsposition gebe es nicht. Bereits in der Präqualifikation sei unter anderem auf die Referenzprojekte S1 Wiener Außenring Schnellstraße Knoten Schwechat - Knoten Süßenbrunn und auf das Projekt A22 Donau-Ufer Autobahn Knoten Kaisermühlen bis Einbindung in die A4 hingewiesen worden, ebenso darauf, dass der Auftrag für das Vorprojekt jeweils im Jahr 2004 und der Auftrag für das Einreichprojekt UVE am 31.3.2005 erteilt worden sei. Bei beiden Projekten handle es sich um Projekte des hochrangigen Straßennetzes (volle Punkteanzahl laut Ausschreibungsunterlage) mit einer Größe >10km (höchste Punkteanzahl). Bei beiden Projekten sei Auftragnehmer jeweils unter anderem die ARGE A*** und B*** OEG gewesen und Auftraggeber die Asfinag.

Entsprechend den Ausschreibungsunterlagen seien die beiden Gesellschafter der Antragstellerin Frau Dr. D*** und Fr. Dr. E*** als Projektleiterin bzw Projektleiterin -Stellvertreterin angegeben worden, die jeweils auch als Projektleiterin bzw Stellvertreterin in den genannten Referenzprojekten S1 Schwechat-Süßenbrunn und A22 Kaisermühlen-A4 tätig gewesen seien; Dr. D*** für den Fachbereich "Gewässerökologie" und Dr. E*** für den Fachbereich "Fische und Fischereiwirtschaft". Beide Projekte seien mit einem Auftrag vom 31.3.2005, BestellNr 3050824 beauftragt worden und

habe der Gesamtauftrag Umweltuntersuchungen - Kartierung und Beurteilung der Tiere und ihrer Lebensräume im Rahmen des Einreichprojekts UVE auch die Fachbereiche Gewässerökologie, Fische und Fischereiwirtschaft erfasst und zwar die Erstellung des Einreichprojekts (UVE) einschließlich Materienverfahren.

Die Projektphase Vorarbeiten Einreichprojekt sei 2005 bereits abgeschlossen worden. Beim Projekt S1 sei bereits das Einreichprojekt weitgehend abgeschlossen (Ist-Bestandsbewertung, teilweise Auswirkungsanalyse, erste Vorschläge für Ausgleichsmaßnahmen). Bei der A22 werde am Einreichprojekt bereits seit dem Auftrag im Jahr 2005 gearbeitet und sei bereits die Istzustandsbewertung vorgelegt worden. Mit der Erarbeitung der beiden Einreichprojekte (sowohl Projekt S1 als auch Projekt A22) seien auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erstellt worden. Es seien daher parallel zur Erarbeitung der Einreichprojekte für die UVE auch die Unterlagen für das Materienrechtsverfahren erarbeitet worden. Im Ergebnis seien die Unterlagen für das Einreichprojekt der UVE gleich bzw annähernd gleich. Die für die UVE erarbeiteten Unterlagen würden vom Auftraggeber mit dem gleichen Inhalt für das Materienrechtsverfahren verwendet werden können. Der Inhalt der Fachbeiträge für die UVE unterscheide sich nicht oder nur marginal von jenen des Materienrechtsverfahrens.

Aus den angeführten Gründen sei daher beim Angebot (Selbstdeklaration) zu den Projektleiterinnen die Referenzprojekte S1 Schwechat - Süßenbrunn und A22 Kaisermühlen-A4 jeweils mit dem Faktor 1 bewertet und gleichzeitig die ausgeschriebene Leistung zu einem Gesamtnettopreis von EUR 131.932,00.- angeboten worden. Bei der Angebotseröffnung sei das Angebot der Antragstellerin das preislich günstigste Angebot gewesen. Preislich zweitgereiht sei das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin mit einem Angebotspreis von EUR 136.079,90.- gewesen.

Mit Schreiben vom 18.6.2007 sei die Antragstellerin von der vergebende Stelle aufgefordert worden, zu der gewählten Selbstdeklaration Stellung zu nehmen. Zum Projekt S1 Schwechat Süßenbrunn sei moniert worden, dass die Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht noch nicht erstellt worden seien, weshalb eine Korrektur der Selbstdeklaration auf 0,9 in Aussicht gestellt worden sei. Zum Projekt A22 Kaisermühlen-A4 sei moniert worden, dass lediglich das Vorprojekt erstellt und daher nicht einmal die Einreichprojekte bearbeitet worden seien, sodass eine Korrektur auf 0,6 erfolgen würde. Mit Telefax Schreiben vom 19.6.2007 habe die Antragstellerin wie folgt wörtlich geantwortet:

"Die Methode der Umweltuntersuchung, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE Selbstfindung anzuwenden sind, werden von uns so gestaltet, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet sind und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellt, das heißt, dass auch der § 30 WAG 1959 idgF ausreichend behandelt wird und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet wird Dies sollte auch im Sinne des Auftraggebers sein, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt werden."Die Methode der Umweltuntersuchung, die Erstellung des Ist-Zustands und die Bewertung aller Kriterien, die vom Umweltplaner im Rahmen der UVE Selbstfindung anzuwenden sind, werden von uns so gestaltet, dass sie zum einen für den Fachbeitrag der UVE geeignet sind und zum anderen gleichzeitig das Einreichoperat zur wasserrechtlichen Genehmigung darstellt, das heißt, dass auch der Paragraph 30, WAG 1959 idgF ausreichend behandelt wird und somit die im Verfahren zu beantwortende Frage nach der Veränderung des ökologischen Zustandes der Gewässer hinreichend beantwortet wird Dies sollte auch im Sinne des Auftraggebers sein, da keine getrennten eventuell sogar widersprechenden Unterlagen erstellt werden.

Da somit der Fachbeitrag zur UVE auch Einreichoperat für das Materienverfahren Wasserrecht ist, wurde in der Selbstbewertung für die S1 der Wert 1 gewählt.

Zur A22 ist festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt (Büro Beidl ZT) nachweislich übergeben wurde, was gleichzeitig auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats ist. Es ist ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005/2006 bearbeitet wird. Daher wurde auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt. Wir ersuchen diese Umstände bei der Qualitätsbewertung zu berücksichtigen."Zur A22 ist festzuhalten, dass für das Einreichprojekt bereits die Ist-Zustandsbewertung an die Koordination Umwelt (Büro Beidl ZT) nachweislich übergeben wurde, was gleichzeitig

auch Teil des wasserrechtlichen Einreichoperats ist. Es ist ausdrücklich festzuhalten, dass auf Wunsch der Projektleitung auch das Einreichprojekt zur A22 seit 2005 aus 2006, bearbeitet wird. Daher wurde auch für das Projekt sinngemäß die Bewertung 1,0 gewählt. Wir ersuchen diese Umstände bei der Qualitätsbewertung zu berücksichtigen."

Mit Telefax vom 3.7.2007 habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten Ziviltechniker C*** bekanntgegeben und der Antragstellerin zur Bekanntgabe der Merkmale und Vorteile eine Tabelle angeschlossen, aus der hervorgehe, dass die Antragstellerin hinter der in Aussicht genommenen Bestbieterin mit 65 Punkten zweitgerahgt sei. Das Bestangebot habe die volle Punktzahl von 70 gewichteten Qualitätspunkten erhalten. Die Antragstellerin habe um Aufklärung dieser Bewertung ersucht und dazu von der vergebenden Stelle mit Email vom 5.7.2007 und Telefax vom 9.7.2007 erfahren, dass die Projekte S1 Schwechat- Süßenbrunn und zum Projekt A22 Kaisermühlen-A4 jeweils nur mit 0,9 bewertet worden seien, mit der Begründung, die Wertung der Projektphase "Materienrechtsverfahren" habe nicht erfolgen können, da diese Leistungen frühestens im Einreichprojekt auf Basis der dann gewählten Trassenvariante in Abstimmung mit der Behörde erfolgen könne. Dazu würden aber die notwendigen technischen Details nicht vorliegen.

Diese Bewertung und Korrektur durch die vergebende Stelle sei unzulässig. Die vergebende Stelle habe in einem erst vor einigen Tagen abgeschlossenen Vergabeverfahren mit den gleichen Leistungen zu den gleichen Bedingungen wie im gegenständlichen Verfahren, nämlich im Verfahren S3 Weinviertler Schnellstraße Hollabrunn Süd Guntersdorf die Selbstdeklaration der Antragstellerin zu denselben Referenzprojekten S1 und A22 (jeweils 1) akzeptiert; in diesem Fall ebenfalls nach einer vorangehenden Aufforderung zur Klarstellung. Auch im parallelen Vergabeverfahren S3 sei das Missverständnis der vergebenden Stelle mit einem gleichlautenden Schreiben wie im gegenständlichen Verfahren klargestellt worden, nämlich, dass die Arbeiten für das UVE-Verfahren inhaltlich gleich seien mit jenen zum Materienrechtsverfahren und das Ergebnis dieser Arbeiten de facto 1:1 auch für das Materienrechtsverfahren verwendet werden könne. Daher sei erstaunlich, dass die vergebende Stelle in zwei parallelen Vergabeverfahren zu denselben Referenzprojekten zu einer unterschiedlichen Beurteilung gelange. Auf einen diesbezüglichen Vorhalt habe die vergebende Stelle geantwortet, dass die Bewertung der Referenzprojekte der Antragstellerin im Vergabeverfahren S3 keinen Einfluss auf das Gesamtergebnis gehabt hätte, weshalb offenbar "großzügiger" vorgegangen worden sei. Im gegenständlichen Fall jedoch sei die vergebende Stelle wegen der Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens strenger gewesen.

Erstaunlich, so die Antragstellerin weiter, sei auch die Beurteilung des in Aussicht genommenen Bestbieters mit der Höchstpunktzahl bei der Qualität. Die Antragstellerin sei im Bereich der Sachverständigen für Ökologiefragen intensiv tätig und habe einen guten Überblick über die einschlägigen Projekte; insbesondere über die mit einer Höchstpunktzahl bewerteten Projekte "Hochrangiges Straßennetz". Die präsuntive Zuschlagsempfängerin sei - wie auch der Homepage zu entnehmen- besonders ausgewiesen in den Fachbereichen Landwirtschaft, Boden, Wald, Wild und Pflanzen und deren Lebensräume, nicht jedoch in den Bereichen Gewässerökologie Fische und Fischereiwirtschaft. Die vergebende Stelle habe auch auf Anfrage ausdrücklich bestätigt, dass der Mitbewerber über zwei Referenzprojekte mit allen Planphasen - VP, EP und Wasserrecht - in einem abgeschlossenen Stadium verfüge. Derartige Referenzprojekte der präsuntiven Zuschlagsempfängerin aus dem Bereich "Wasserrecht" seien weder bekannt noch auf deren Homepage (www.zt-C***.at) genannt. Bei dem von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin genannten Projekt S31 werde sogar von der Antragstellerin der Fachbereich Gewässer und Fische bearbeitet, sodass diese die genannte Referenz nicht für sich in Anspruch nehmen könne.

Zur unrichtigen Bewertung der angegebenen Referenzen der Projektleiterin / Projektleiterin - Stellvertreterin bzw. zur unrichtigen Korrektur der Selbstdeklaration sei auszuführen, dass die Selbstdeklaration der Referenzen S1 Schwechat - Süßenbrunn bzw A22 Kaisermühlen-A4 entgegen der diesbezüglichen Erklärung der Antragstellerin vom 19.6.2007 zu Unrecht korrigiert worden sei. Der Auftraggeber weiche damit von seinen eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ab. Nach den eigenen Vorgaben komme es nicht darauf an, ob eine Projektphase bereits abgeschlossen sei, also bereits ein Einreichprojekt vorliege, sondern nur darauf, dass die Projektphase zumindest ein Jahr beauftragt und bearbeitet werde. Vor diesem Hintergrund sei unzweifelhaft die Projektphase "Erstellung eines Vorprojekts" und "Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE" für beide genannten Referenzprojekte S1 SchwechatSüßenbrunn und A2 Kaisermühlen-A4 zu werten. Dies habe auch der Auftraggeber so gesehen und gewertet. Dieser irre jedoch, wenn er nunmehr meine, dass die Projektphase "Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht" nicht gewertet werden könne,

weil "eine Bearbeitung des Materienrechtsverfahrens erst nach Erhalt des § 4-Bescheides bzw nach Trassenfestlegung" möglich sei. Wie mit Schreiben vom 18.6.2007 dargelegt, bestehe der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE. Erhebliche Unterschiede würden sich nicht ergeben. Typischerweise würden die im Zuge der UVE erstellten Unterlagen auch für das Materienverfahren "Wasserrecht" herangezogen. In diesem Sinn sehe der Auftraggeber selbst in der gegenständlichen Projekt- und Aufgabenbeschreibung lediglich die Phasen "Vorprojekt" und "Einreichprojekt" vor und erwähne die materienrechtlichen Unterlagen als Nebenaspekt (A.2-2 Ausschreibungsunterlagen). Auch die allgemeine Leistungsbeschreibung würde sich nur auf "VP und EP UVP", nicht aber auch auf Erarbeitung von Unterlagen für das Materienverfahren beziehen. Im Gegenteil, seien tatsächlich umfangreichere Unterlagen gefordert, seien diese gesondert zu beauftragen und daher nicht Gegenstand dieses Auftrags (vgl A.2.2, S 12, Klammerausdruck). Da die Antragstellerin mit dem Einreichprojekt UVE schon seit mehr als einem Jahr beauftragt sei und dieses noch bearbeite, gelte Gleiches für die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Wasserrecht". Auch daran werde seit Beauftragung gearbeitet. Die nunmehr gegenteilige Auslegung widerspreche der eigenen Praxis des Auftraggebers. Er selbst sehe die Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen als "Beiwerk" des Einreichprojekts (UVE) (vgl Seite 11 f). Auch habe dieser selbst die Selbstdeklaration im Vergabeverfahren S3 nach vorangehender Nachfrage und Begründung akzeptiert. Wenn der Auftraggeber nunmehr meint, dass es jetzt um "etwas gehe" und nun die Bewertung zu korrigieren sei, würden nicht nur die vergaberechtlichen Vorschriften verkannt (Verpflichtung zur Angebotsprüfung und allfälligen Korrektur von festgestellten Fehlern), sondern vermittle auch den Eindruck, dass es gerade darum gehe, im gegenständlichen Fall, bei dem die Antragstellerin vor dem in Aussicht genommenen Bestbieter liege, schlechter zu bewerten. Offenkundig liege es dem Auftraggeber besonders daran, den Auftrag an den in Aussicht genommenen Bestbieter zu erteilen. Solange dazu nicht die Korrektur der Selbstdeklaration erforderlich sei, werde davon kein Gebrauch gemacht. Gehe es jedoch darum, einen eindeutigen Preisvorteil zu kompensieren, werde von der ursprünglichen Bewertung der Referenzen abgegangen und in diesem Punkt schlechter bewertet. Dies sei willkürliches Prüfverhalten. Richtigerweise sei die Selbstdeklaration nach entsprechender Rechtfertigung zu akzeptieren und damit dem Qualitätsangebot die Höchstpunktzahl (70 Punkte) zu gewähren. In diesem Fall sei das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu bewerten und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin zu treffen. Da der Auftraggeber entgegen den Ausschreibungsbedingungen die angebotenen Referenzprojekte unterbewertet habe, habe dieser gegen das Gebot der Gleichbehandlung und gegen das Recht auf vergaberechtskonformer Zuschlagserteilung verstoßen. Zur unrichtigen Bewertung der angegebenen Referenzen der Projektleiterin / Projektleiterin - Stellvertreterin bzw. zur unrichtigen Korrektur der Selbstdeklaration sei auszuführen, dass die Selbstdeklaration der Referenzen S1 Schwechat - Süßenbrunn bzw A22 Kaisermühlen-A4 entgegen der diesbezüglichen Erklärung der Antragstellerin vom 19.6.2007 zu Unrecht korrigiert worden sei. Der Auftraggeber weiche damit von seinen eigenen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ab. Nach den eigenen Vorgaben komme es nicht darauf an, ob eine Projektphase bereits abgeschlossen sei, also bereits ein Einreichprojekt vorliege, sondern nur darauf, dass die Projektphase zumindest ein Jahr beauftragt und bearbeitet werde. Vor diesem Hintergrund sei unzweifelhaft die Projektphase "Erstellung eines Vorprojekts" und "Umweltuntersuchung inkl Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojekts mit UVE" für beide genannten Referenzprojekte S1 Schwechat-Süßenbrunn und A2 Kaisermühlen-A4 zu werten. Dies habe auch der Auftraggeber so gesehen und gewertet. Dieser irre jedoch, wenn er nunmehr meine, dass die Projektphase "Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren Naturschutz oder Wasserrecht" nicht gewertet werden könne, weil "eine Bearbeitung des Materienrechtsverfahrens erst nach Erhalt des Paragraph 4 -, B, e, s, c, h, e, i, d, e, s, bzw nach Trassenfestlegung" möglich sei. Wie mit Schreiben vom 18.6.2007 dargelegt, bestehe der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE. Erhebliche Unterschiede würden sich nicht ergeben. Typischerweise würden die im Zuge der UVE erstellten Unterlagen auch für das Materienverfahren "Wasserrecht" herangezogen. In diesem Sinn sehe der Auftraggeber selbst in der gegenständlichen Projekt- und Aufgabenbeschreibung lediglich die Phasen "Vorprojekt" und "Einreichprojekt" vor und erwähne die materienrechtlichen Unterlagen als Nebenaspekt (A.2-2 Ausschreibungsunterlagen). Auch die allgemeine Leistungsbeschreibung würde sich nur auf "VP und EP UVP", nicht aber auch auf Erarbeitung von Unterlagen für das Materienverfahren beziehen. Im Gegenteil, seien tatsächlich umfangreichere Unterlagen gefordert, seien diese gesondert zu beauftragen und daher nicht Gegenstand dieses Auftrags (vergleiche A.2.2, S 12, Klammerausdruck). Da die Antragstellerin mit dem Einreichprojekt UVE schon seit mehr als einem Jahr beauftragt sei und dieses noch

bearbeite, gelte Gleiches für die Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Wasserrecht". Auch daran werde seit Beauftragung gearbeitet. Die nunmehr gegenteilige Auslegung widerspreche der eigenen Praxis des Auftraggebers. Er selbst sehe die Erstellung und Einreichung der materienrechtlichen Unterlagen als "Beiwerk" des Einreichprojekts (UVE) vergleiche Seite 11 f). Auch habe dieser selbst die Selbstdeklaration im Vergabeverfahren S3 nach vorangehender Nachfrage und Begründung akzeptiert. Wenn der Auftraggeber nunmehr meint, dass es jetzt um "etwas gehe" und nun die Bewertung zu korrigieren sei, würden nicht nur die vergaberechtlichen Vorschriften verkannt (Verpflichtung zur Angebotsprüfung und allfälligen Korrektur von festgestellten Fehlern), sondern vermittle auch den Eindruck, dass es gerade darum gehe, im gegenständlichen Fall, bei dem die Antragstellerin vor dem in Aussicht genommenen Bestbieter liege, schlechter zu bewerten. Offenkundig liege es dem Auftraggeber besonders daran, den Auftrag an den in Aussicht genommenen Bestbieter zu erteilen. Solange dazu nicht die Korrektur der Selbstdeklaration erforderlich sei, werde davon kein Gebrauch gemacht. Gehe es jedoch darum, einen eindeutigen Preisvorteil zu kompensieren, werde von der ursprünglichen Bewertung der Referenzen abgegangen und in diesem Punkt schlechter bewertet. Dies sei willkürliches Prüfverhalten. Richtigerweise sei die Selbstdeklaration nach entsprechender Rechtfertigung zu akzeptieren und damit dem Qualitätsangebot die Höchstpunktzahl (70 Punkte) zu gewähren. In diesem Fall sei das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu bewerten und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Antragstellerin zu treffen. Da der Auftraggeber entgegen den Ausschreibungsbedingungen die angebotenen Referenzprojekte unterbewertet habe, habe dieser gegen das Gebot der Gleichbehandlung und gegen das Recht auf vergaberechtskonformer Zuschlagserteilung verstoßen.

Zur Prüfung und Bewertung der angebotenen Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei auszuführen, dass die genannten Referenzprojekte nicht bekannt seien. Der Auftraggeber hat diese der Antragstellerin jedoch nicht bekannt gegeben und lediglich versichert, dass zwei Referenzprojekte mit allen Planungsphasen - VP, EP und Wasserrecht - abgeschlossen vorliegen würden und die Bewertung des präsumtiven Bestbieters mit 100% den Bestimmungen der Ausschreibung entspreche. Eine Überprüfung sei also nicht möglich, jedoch bestehe aufgrund der Branchenkenntnisse und der vom Ziviltechnikbüro C*** selbst im Internet bereitgestellten Referenzliste der begründeten Verdacht, dass diese Erklärung unrichtig sei. Möglicherweise seien Referenzprojekte älteren Datums (Auftragserteilung vor dem 1.1.1997) oder Referenzprojekte, die nicht dem Büro Ziviltechniker C*** zugeordnet seien oder Referenzprojekte, die nicht "Gewässerökologie" zum Gegenstand haben, gewertet worden. Unzweifelhaft verfüge das Büro C*** über Referenzprojekte in anderen Fachbereichen, nicht ausreichend jedoch im Bereich Gewässerökologie, Fischerei und Fische. Auch verfüge das Büro C*** nicht über Referenzen über alle den Naturschutz erfassenden Fachbereiche, sondern nur über Teilbereiche. Im Hinblick auf den Auftragsgegenstand (Gewässerökologie, Fischerei und Fische) und den Text der Ausschreibung (ARG "Materienrechtsverfahren Naturschutz" oder "Wasserrecht") würden Referenzprojekte, die lediglich Teilbereiche des Naturschutzes zum Gegenstand haben (wie zB Wild oder Pflanzen und ihre Lebensräume) nicht gelten und da diese nicht alle Teilbereiche des Naturschutzes erfassen, seien diese daher auch nicht als Referenzprojekte im Sinne der gegenständlichen Ausschreibung zu werten.

Aus Sicht der Antragstellerin verfüge der in Aussicht genommene Bestbieter daher nicht über zwei Referenzprojekte im Bereich Gewässerökologie bzw Naturschutz mit allen abgeschlossenen Bereichen. Auch deshalb sei die Zuschlagsentscheidung unrichtig. Richtigerweise hätte die vergebende Stelle die genannten Referenzprojekte auch des in Aussicht genommenen Bestbieters prüfen und korrigieren müssen, mit der Folge, dass die Antragstellerin jedenfalls erstzureihen sei.

Bei den vom in Aussicht genommenen Bestbieter genannten Referenzprojekten handle es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse und seien diese daher bekanntzugeben, zumal die für die Bestbieterentscheidung ausschlaggebend gewesen seien und ein rechtliches Interesse an deren Kenntnis bestehe. Hinzu komme, dass Referenzen nichts anderes seien als Aufträge und Bestätigungen ihrer ordnungsgemäßen Abwicklung. Da es sich im gegenständlichen Fall um Aufträge der öffentlichen Hand handle und diese Aufträge auch von der öffentlichen Hand bekanntzugeben seien, bestehe auch deshalb kein Geschäftsgeheimnis und auch kein Interesse an einer Geheimhaltung der von der Bestbieterin genannten Referenzprojekte. Aus den angeführten Gründen erachte sich die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung in ihren Rechten auf Zuschlagsentscheidung und anschließende Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten, auf richtige Angebotsprüfung, insbesondere Prüfung und richtige Bewertung der genannten Referenzen und der Referenzen des in Aussicht genommenen Bestbieters sowie im Recht auf eine faire, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Auftrag bestehe und dies durch die Abgabe des fristgerechten Angebots und der Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren dokumentiert worden sei. Insbesondere bestehe ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Referenzauftrag. Insgesamt werde auf das Vorbringen zum Nachprüfungsverfahren verwiesen, jedoch hervorgehoben, dass sich der gegenständliche Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die mit Telefax vom 3.7.2007 bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitte 1 und 2 Scheifling - Friesach Nord - Möbling - Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie richte, das Angebot der Antragstellerin das Billigstangebot sei und nach der vom Auftraggeber geforderten Selbstdeklaration die angebotenen Referenzen mit der Höchstpunkteanzahl zu bewerten seien, sodass das Angebot auch das Bestangebot sei. Entgegen den Ausschreibungsbedingungen seien die genannten Referenzprojekte nicht mit der Höchstpunkteanzahl bewertet worden, obwohl im Rahmen einer Aufklärung darauf hingewiesen worden sei, dass die Bearbeitung eines Fachbeitrags im Rahmen des UVE-Verfahrens mit den Unterlagen des Materienverfahrens de facto gleichzusetzen und daher auch die Projektphase "Materienverfahren" im gegenständlichen Fall zu werten sei. In den Ausschreibungsunterlagen sei nicht darauf abgestellt worden, dass die Projektphasen abgeschlossen sein müssen, sondern nur, dass mit der Bearbeitung seit zumindest einem Jahr begonnen worden sei, was auch auf die Projektphase "Materienverfahren" in beiden genannten Referenzprojekten zutreffe. Die vom in Aussicht genommenen Bestbieter genannten Referenzprojekte seien nicht bekannt, es bestehe erheblicher Zweifel, dass dieser für den Fachbereich "Fischerei, Fische und Gewässerökologie" über zwei abgeschlossene Referenzprojekte verfüge.

Gerade für Ökologen sei der gegenständliche Referenzauftrag von erheblicher Bedeutung. Es würden Referenzaufträge zu Bewertung der Qualität des Angebots verwendet und zwar in einem Umfang, dass damit eine Preisdifferenz nicht nur im selben Ausmaß egalisiert werden könne, sondern ein Abstand in punkto Referenzen einen ca. doppelt so großen Abstand in punkto Preis erfordere, wie dies gerade der gegenständliche Fall darlege. Im Hinblick darauf, dass die Höchstpunkteanzahl nur für hochrangige Straßennetze vergeben werde und der Auftraggeber darin ein Monopol habe, komme es gerade auf Referenzaufträge des Auftraggebers an. Nur dadurch könne sichergestellt werden, auch bei zukünftigen Auftragsvergaben die Höchstpunktezahl zu erlangen.

Dagegen besteht kein erhebliches Interesse an einer raschen Auftragsabwicklung. Es sei eine Zuschlagsfrist bis 4.9.2007 vorgesehen, sodass der Erlass einer einstweiligen Verfügung an dieser Zuschlagsfrist de facto kaum etwas ändere, auch seien keine darüber hinausgehenden Interessen bekannt. Dagegen würde die Antragstellerin durch die Erteilung des Auftrags bzw die Verweigerung der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung vor vollendete Tatsachen gestellt und entginge ihr ein wesentlicher Referenzauftrag für ein hochrangiges Straßennetz, das vom Auftraggeber selbst mit Höchstpunkten im Rahmen der Bestbieterermittlung bewertet werde.

Zum drohenden Schaden/Interesse werde ausgeführt, dass ein erhebliches Interesse am gegenständlichen Auftrag bestehe und dieses Interesse durch Abgabe eines fristgerechten und rechtsverbindlichen Angebots dokumentiert worden sei. Es sei allen Aufforderungen des Auftraggebers entsprochen worden und seien im Zuge des Präqualifikationsverfahrens und des gegenständlichen Angebotsverfahrens keine Kosten und Mühen gescheut worden, um diesen Anforderungen auch tatsächlich zu entsprechen. An Kosten für die Anbotstellung einschließlich der Kosten der Präqualifikation seien intern Kosten in Höhe von zumindest EUR 500,-- entstanden. Daneben betrage das Erfüllungsinteresse (Deckungsbeitrag) zumindest EUR 117.000,--. Vor allem bestehe ein Interesse an der gegenständlichen Referenz. Für den Fachbereich "Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie" sei der gegenständliche Auftrag ein Großauftrag. Wie durch die Bewertung der Referenzen hervorhoben werde, handle es sich um ein Projekt der höchsten Kategorie (hochrangiges Straßennetz mit einer Streckenlänge von mehr als 10km). Derartige Aufträge seien für den Fachbereich Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in Österreich Mangelware. Dieser Auftrag sei für die Antragstellerin ein "Großauftrag" und von erheblicher Bedeutung, um auch in Zukunft vergleichbare Aufträge zu erlangen. Gerade die gegenständliche Bewertung des Kriteriums "Qualität" anhand erteilter Aufträge der vergebenden Stelle zeige, dass Referenzaufträge auch für die zukünftige Beauftragung von hohem Wert seien. Im Hinblick auf die Gewichtung (50% Referenzaufträge im Vergleich zu 30% Preis) sei die Frage, ob ein Referenzauftrag erlange werde oder nicht, auch von erheblichem wirtschaftlichem Wert. De facto stünden Referenzaufträge im Vergleich zum Angebotspreis im Verhältnis 5:3. Wolle man die gegenständliche Bewertung für richtig empfinden, würde dies bedeuten, dass eine geringfügige niedrigere Bewertung eines Referenzauftrages de facto

einen im Verhältnis ca. doppelt so hohen Preisabstand rechtfertige. In diesem Sinn gehe es gerade im gegenständlichen Fall um diese "Referenz". Es verstehe sich von selbst, dass der Auftraggeber als Monopolist der Errichtung hochrangiger Straßennetze es in der eigenen Hand habe, inwieweit Referenzaufträge und damit unmittelbar mit dem Preis vergleichbare Qualitätsaspekte erzielt werden können.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 13.7. 2007 die Originalunterlagen vor und nahm mit Schriftsatz vom selben Tag zum Antragsvorbringen wie folgt Stellung: der Ablauf der Planung von Bundesstraßen beginne in Österreich nach erfolgter „Strategischer Prüfung im Verkehrsbereich“ (SP-V) mit der Aufnahme einer Verbindung in den Anhang des Bundesstraßengesetzes. Nach einer Phase der Voruntersuchung (Beurteilung der Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit und prinzipiellen Machbarkeit einer geplanten Verbindung, oft im Rahmen einer Korridoruntersuchung) folge die Ausarbeitung und Beurteilung unterschiedlicher Trassenvarianten im Rahmen des sog. Vorprojektes. Nach Erarbeitung einer Auswahltrasse werde diese der Umweltverträglichkeitsprüfung und anschließend bzw. parallel den Genehmigungsverfahren nach den Materiengesetzen unterzogen (in diesem Rahmen erfolgt auch eine etwaige Genehmigung nach den Naturschutzgesetzen der Länder). Ein wesentliches Merkmal im Genehmigungsverfahren für Bundesstraßen sei die Tatsache, dass die UVP für Bundesstraßen nach den Sonderbestimmungen des 3. Abschnittes des UVP-Gesetzes durchzuführen sei. Daraus resultiere gegenüber anderen UVP-Verfahren wie z.B. jenen für Industrieanlagen unter anderem eine geänderte Behördenzuständigkeit (Behörde ist der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie) sowie der Umstand, dass eine Verfahrens- und Entscheidungskonzentration wie etwa im 2. Abschnitt des UVP-G nicht möglich sei. Somit entscheide zunächst der Bundesminister für Verkehr in einem teilkonzentrierten Genehmigungsbescheid über die Umweltverträglichkeit eines Projektes und über jene materiengesetzlichen Bestimmungen, die - wäre kein UVP-Verfahren durchzuführen- vom Bundesminister zu vollziehen wären (z.B. Forstrecht).

Danach entscheide der Landeshauptmann, ebenfalls mit einem teilkonzentrierten Bescheid, über jene Gesetzesmaterien, die in mittelbarer Bundesverwaltung zu vollziehen seien (z.B Wasserrecht). Erst danach erteile die Landesregierung in ihrer Zuständigkeit einzelne Genehmigungen nach den Materienrechten wie beispielsweise dem Naturschutzgesetz. Eine Konzentration der Landesmaterien finde grundsätzlich nicht statt. In der Praxis der Bundesstraßenplanung bedeute dies, dass mit der Erstellung des Einreichprojektes und der Umweltverträglichkeitserklärung für ein Straßenbauprojekt natürlich auch Fachbeiträge zu wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Belangen erstellt würden, diese aber nicht den Detaillierungsgrad eines eigentlichen wasserrechtlichen oder naturschutzrechtlichen Einreichoperates entsprechen. Dies treffe vor allem für die Maßnahmenplanung zu. Erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der Behörde sei für den Projektwerber ersichtlich, ob das eingereichte Projekt auch aus Sicht der Behörde umweltverträglich sei, oder ob zusätzliche Auflagen oder Bedingungen zu erfüllen seien. Absolute Rechtssicherheit liege erst nach Erhalt des UVP-Bescheides vor. Aus diesem Grund werde frühestens erst nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens mit der eigentlichen Erstellung der wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Einreichunterlagen begonnen.

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

Zur Bewertung der Referenzprojekte PL PL Stv. "S1 Schwechat Süßenbrunn" wurde konkretisierend ausgeführt:

" Nach den Bestimmungen der Ausschreibung (siehe Punkt 1 der Stellungnahme) können nur solche Referenzprojekte mit dem Faktor 1,0 bewertet werden, welche eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Vorprojektes nach österr. Rechtslage UND eine Umweltuntersuchung inkl. Fachbeitrag im Rahmen der Erstellung eines Einreichprojektes mit UVE nach österr. Rechtslage, sowie Erstellung der Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" beinhalten.

Das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "S1 Schwechat - Süßenbrunn" entspricht diesen Anforderungen aus folgenden Gründen nicht:

Zum Projekt "S1 Schwechat - Süßenbrunn" liegt nunmehr die §14 Bundesstraßenplanungsgebietsverordnung nach BSTG vor. Das Einreichprojekt ist zur Einreichung zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) in Vorbereitung, eine Bearbeitung der Materienrechtsverfahren ist frühestens nach Vorliegen des Umweltverträglichkeitsgutachtens der

Behörde Mitte 2009 bzw. nach Erhalt des UVPBescheides für den Zeitraum 2009 - 2010 vorgesehen.

Im Text der genannten Bestimmung des Punktes 1,305.1.1 der Angebotsunterlagen wird eindeutig und unmissverständlich darauf hingewiesen, dass für die Bewertung eines Referenzprojektes mit dem Faktor 1,00 die Erstellung von Einreichunterlagen für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" unabdingbare Voraussetzung ist.

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

Im Sinne der nach § 20 Abs 1 BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter hat die Bewertung aller Angebote nach den Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere darf die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (BVA vorn 30.09.2002, N-41/02-27 uva.). Im Sinne der nach Paragraph 20, Absatz eins, BVergG gebotenen Gleichbehandlung aller Bieter hat die Bewertung aller Angebote nach den Festlegungen der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere darf die Auftraggeberin nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen, da alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeberin ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen einhält (BVA vorn 30.09.2002, N-41/02-27 uva.).

Die Antragstellerin hat von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Nachdem die Ausschreibung Bestandeskraft erlangt hat, kann der Auftraggeber nicht mehr von seinen eigenen Bestimmungen abgehen. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derartig bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen (vgl. RV 1171 BLG NR 22 GP 137f; BVA 3_5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 20.6.2003, 17N-46/03-34, sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003., 69f). Die Antragstellerin bringt vor, dass der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE besteht und versucht diese (irrig) Meinung mit diversen Auszügen aus den Ausschreibungsunterlagen zu untermauern. Davon abgesehen, dass der Fachbeitrag für das UVE und die Einreichunterlagen für ein Materiengesetz in keinster Weise zu vergleichen sind (siehe oben), vermag auch diese Argumentation dem Rechtsstandpunkt der Antragstellerin nicht zu helfen, denn ein Abgehen von den Ausschreibungsbestimmungen ist wie oben ausgeführt nicht möglich. Die Antragstellerin hat von der Möglichkeit, die Festlegungen der Ausschreibungen zu bekämpfen, nicht Gebrauch gemacht. Nachdem die Ausschreibung Bestandeskraft erlangt hat, kann der Auftraggeber nicht mehr von seinen eigenen Bestimmungen abgehen. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derartig bestandskräftige Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen vergleiche Regierungsvorlage 1171 BLG NR 22 Gesetzgebungsperiode 137f; BVA 3_5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; siehe auch zum BVergG 2002 BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; 20.6.2003, 17N-46/03-34, sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003., 69f). Die Antragstellerin bringt vor, dass der Fachbeitrag für das Materienverfahren im Wesentlichen aus dem Fachbeitrag für das Einreichprojekt mit UVE besteht und versucht diese (irrig) Meinung mit diversen Auszügen aus den Ausschreibungsunterlagen zu untermauern. Davon abgesehen, dass der Fachbeitrag für das UVE und die Einreichunterlagen für ein Materiengesetz in keinster Weise zu vergleichen sind (siehe oben), vermag auch diese Argumentation dem Rechtsstandpunkt der Antragstellerin nicht zu helfen, denn ein Abgehen von den Ausschreibungsbestimmungen ist wie oben ausgeführt nicht möglich.

Auch die von der Antragstellerin behauptete Berücksichtigung von "Projektsphasen" führt nicht ins Treffen.

In den Ausschreibungsunterlagen findet sich im Teil A 1 die folgende Bestimmung:

...Referenzprojekte werden nur dann gewertet, wenn sie bis zum Tag der Angebotsabgabe abgeschlossen oder bereits mindestens ein Jahr beauftragt und bearbeitet sind (Kriterium ist der Zeitpunkt der Auftragserteilung) und die zu wertende Projektsphase bereits mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Umfasst ein Auftrag mehrere Projektphasen, so wird die oben angeführte

Regelung für jede Phase getrennt betrachtet. Eine Projektphase wird nur dann anerkannt und gewertet, wenn die Projektphase bereits abgeschlossen oder mindestens ein Jahr bearbeitet wird wobei bereits maßgebliche Projektinhalte in dieser Phase bearbeitet sein müssen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung sowie der Bearbeitungsbeginn von Projektphasen ist anzugeben (Datum anführen)...

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

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

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

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

Aus all diesen Gründen war die Bewertung des Projektes gemäß Tabelle - Teil A1, Seite 12-gemäß den Bestimmungen der Ausschreibung mit 0,9 vorzunehmen.

Zur Bewertung der Referenzprojekte PL + PL Stv.- A22 Kaisermühlen - A4 wurde ausgeführt:

" Im Angebot der Antragstellerin ist als Referenzprojekt für PL + PL Stv auch das Projekt "A 22 Kaisermühlen - A 4" angegeben. Dieses Projekt beinhaltet lediglich die Planungsphase Vorprojekt. Ursprünglich haben wir dieses Referenzprojekt gemäß Pkt. 1.305.1.1 und gemäß der Gewichtungstabelle im Teil A1 der Ausschreibungsunterlagen - Seite 12 der Faktor für die Planungsphasen auf 0,6 (Selbstdenkulation 1,0) korrigiert. Nachdem der Bieter in einem Aufklärungsschreiben glaubhaft darlegen konnte, dass zum Projekt A22 Kaisermühlen - A4 bereits wesentliche Teile des EP bearbeitet wurden, sodass der Faktor für die Planungsphasen auf 0,9 erhöht werden kann.

Nicht nachgewiesen werden konnten (bzw. nicht nachweisbar sind) die bisherigen Bearbeitungen zu den Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht", sodass diese Planungsphasen gemäß Ausschreibungsbestimmungen auch nicht anerkannt werden können. Bei diesem Referenzprojekt ist das Vorprojekt abgeschlossen. Derzeit wird geprüft, welche Variante weiter verfolgt wird. Erst nach dieser Entscheidung kann mit dem Einreichprojekt (EP) begonnen werden. Auf Grund der bereits erfolgten, vorgezogenen Bestandskartierungen für das Einreichprojekt wurde jedoch auch die Projektphase EP gewertet.

Eine Wertung der Projektphase "Materienrechtsverfahren" konnte auch bei diesem Referenzprojekt nicht erfolgen, da weder ein UVP-Verfahren eingeleitet wurde, daher auch kein Umweltverträglichkeitsgutachten vorliegt, noch ein UVP-Bescheid erlassen wurde. Im übrigen liegen die für die Erstellung von wasserrechtlichen Einreichunterlagen notwendigen technischen Details (wie z.B. Entwässerung) noch nicht vor. Die durchgeführte Bewertung mit 0,9 ist unter Berücksichtigung von Vorarbeiten zum EP zu Gunsten des Bieters ausgelegt worden.

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

Zusammenfassend sei festgehalten, dass die Antragstellerin selbst in ihren Ausführungen festhält, dass bei der S1 die Ist-Bestandsbewertung sowie " teilweise Auswirkungsanalyse, erste Vorschläge für Ausgleichsmaßnahmen" erarbeitet wurden. Es ist selbstredend, dass eine fachkundige Person dies wohl nicht mit einer Erstellung der Einreichunterlagen

für das Materienrechtsverfahren "Naturschutz" oder "Wasserrecht" gleichsetzen kann. Bei der A22 spricht die Antragstellerin überhaupt nur von der Istzustandsbewertung für das Einreichprojekt. Umso mehr erstaunt die Tatsache, dass dennoch die volle Punktezahl eingefordert wird. Die Bestellung eines Gutachters ist aufgrund der klaren Bestimmungen der Ausschreibung sowie der vorliegenden eindeutigen Qualitätsbewertung ausdrücklich nicht erforderlich."

Zur Bewertung der Referenzprojekte der präsumtiven Bestbieterin hat der Auftraggeber vorgebracht:

" Die Spekulationen der Antragstellerin hinsichtlich der Referenzprojekte der präsumtiven Bestbieterin sind erstaunlich. Wir halten ausdrücklich fest, dass die Angebotsprüfung auf Basis der Ausschreibungsunterlagen und der eingereichten Angebote erfolgt. "Internetrecherchen" sind keine Grundlage für eine rechtmäßige Angebotsprüfung.

Aufgrund welcher Erkenntnisse die Antragstellerin behauptet, die präsumtive Bestbieterin hätte das Projekt S31 genannt, ist für uns weder nachvollziehbar noch rechtens, da dieses Projekt weder von der präsumtiven Bestbieterin genannt und daher von der vergebenden Stelle natürlich auch nicht gewertet wurde.

Aus den Vergabeunterlagen (Angebot der präsumtiven Bestbieterin und Vergabebericht) geht zweifelsfrei hervor, dass das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sehr sorgfältig und den Ausschreibungsbestimmungen entsprechend geprüft wurde. Wir verwehren uns strikt gegen die Vorwürfe der Antragstellerin, wonach wir die Bieter ungleich behandeln würden. Zum Nachweis der Rechtmäßigkeit der Qualitätsbewertung der präsumtiven Bestbieterin sind dem Vergabeakt die Tätigkeiten, Aufgabenbeschreibungen, Aufträge und Projektdeckblätter der angeführten Referenzprojekte beigelegt. Zu dem von der Antragstellerin zitierten Vergabeverfahren "S 3" halten wir fest, dass Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens ausschließlich das Vergabeverfahren "S 37 Klagenfurter Schnellstraße - Teilabschnitte 1 und 2 Scheifling-Friesach Nord - Mölbling, Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP und EP inkl. UPV" ist. Hier gilt es zu prüfen, ob die Angebotsprüfung nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung (und nicht etwa nach den Bestimmungen einer anderen Ausschreibung) erfolgt ist. Es mag richtig sein, dass das Referenzprojekt A 22 bei einem anderen Vergabeverfahren nicht auf den 0,90 korrigiert wurde. Dies ist insofern begründet, als dass das Angebot der Antragstellerin für den Zuschlag in diesem Vergabeverfahren nicht in Betracht kam."

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

Im März 2007 hat der Auftraggeber Autobahnen -und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) die Teilabschnitte 1 und 2 der S 37 Klagenfurter Schnellstraße, Scheifling (S36) -Friesach Nord - Mölbling für die Fachbereiche Fische, Fischereiwirtschaft und Gewässerökologie in den Planungsphasen VP und EP inklusive UVP im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger öffentlicher Erkundung des Bewerberkreises als Dienstleistungsauftrag, CPV-Code 74230000-0, 74231300-0, im Unterwellenbereich ausgeschrieben. Die Leistung umfasst die Aufbereitung der Grundlagen für die Beurteilung der Beeinträchtigungen von Fische, der Fischereiwirtschaft und der Gewässerökologie im Rahmen der Vorprojektes mit NKU zur Trassenfindung und für die Planungsphase Einreichprojekt inklusive UVE, wobei die Beurteilung der Auswirkungen in engerer Abstimmung mit der Koordination Umwelt, der technischen Planung und den weiteren Fachbeitragerstellern zu erfolgen hat. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als vorläufiger Leistungszeitraum sind 5 Jahre ab Ende 2007 angeführt. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) erfolgte am 27.3.2007.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben 5 weiteren Bewerbern einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 4.6.2007.

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

Mit Schriftsatz vom 10.7.2007 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Referenzen der Antragstellerin unzulässigerweise unrichtig korrigiert und es unterlassen,

die Referenzen der in Aussicht genommenen Bestbieterin prüfen und korrigieren und daher aufgrund unrichtiger Bewertung die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht getroffen. Bei rechtmäßiger Bewertung der Referenzen der Antragstellerin sowie der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei vielmehr dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 1.600.- bezahlt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

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

2. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

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

Der am 10.7.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs 1 und Abs.2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 10.7.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich

vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Abs.2 leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen und hat zu enthalten: Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Absatz 2, leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen und hat zu enthalten:

1. 1.Ziffer eins
die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers,
2. 2.Ziffer 2
eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in Paragraph 320, Absatz eins, genannten Voraussetzungen,
3. 3.Ziffer 3
die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. 4.Ziffer 4
die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. 5.Ziffer 5
die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. 6.Ziffer 6
die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

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

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

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

erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die ZT Dr. C*** geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Da gemäß Rechtsprechung des VfGH ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vgl. BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006- EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) und zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreicht, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vgl. BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die ZT Dr. C*** geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Auftraggeber hat sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen. Da gemäß Rechtsprechung des VfGH ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14) und unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006- EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30) und zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreicht, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist vergleiche BVA 25.3.1998, N-8/98-5), war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Untersagung der Zuschlagserteilung

Dokumentnummer

VERGT_20070717_N_0068_BVA_03_2007_EV9_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