

TE Verg Bescheid 2007/5/9 N/0044- BVA/04/2007-EV14

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.05.2007

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "A 2 Süd Autobahn, Gleisdorf West - Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 30.4.2007, eingebracht am 2.5.2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "A 2 Süd Autobahn, Gleisdorf West - Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 30.4.2007, eingebracht am 2.5.2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Die Anträge, "das Bundesvergabeamt wolle nach Mitteilung der Auftraggeberin über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren

1. 1.Ziffer eins
die Aussetzung des Vergabeverfahrens verfügen;
2. 2.Ziffer 2
die Zuschlagserteilung untersagen;
3. 3.Ziffer 3
in eventu den Lauf der Stillhaltefrist aussetzen", werden abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "A 2 Süd Autobahn, Gleisdorf West - Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" wurde am 20.7.2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/ Rubrik Amtlicher Lieferanzeiger zu L 333351 veröffentlicht. Der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Nach mehreren durchgeführten Berichtigungen wurde der Schlusstermin für die Angebotslegung verlängert.

In den Ausschreibungsunterlagen sind unter Punkt B1. 1,304.2 als Zuschlagskriterien der Gesamtpreis (95%) und die Qualität (= Verkürzung der Ausführungsdauer 5%) angeführt. Unter Punkt B1 1,306 ist eine dreimonatige Zuschlagsfrist genannt. Unter Punkt B1 1,308 ist zur Leistungsfrist angeführt, dass für die Ausführung der gegenständlichen Arbeiten eine netto Gesamtbauzeit von ca. 2x6 Monaten ab vertraglich festgelegtem Baubeginn vorgesehen ist. Wie sich aus Punkt B6 6.3.6.1 ergibt, werden dem Auftragnehmer 30 KT Dispositionsfrist von der Auftragserteilung bis zum vertraglichen Baubeginn eingeräumt. Als Baubeginn werden für die Phase 1 der 1.2.2007 und für die Phase 2 der 4.2.2008 angeführt. Als Gesamtfertigstellungstermin ist der 25.7.2008 vorgesehen.

Neben der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. C***, 2. D*** und

1. 3.Ziffer 3
E*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger), die neben einem Hauptangebot sechs Abänderungsanbote legte, legte auch die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** (in der Folge Antragsteller) ein Angebot mit einem Preis von Euro 24.337.254,16. Nach Prüfung und Bewertung der Angebote wurde den Bietern mit Telefaxmitteilung vom 23.11.2006 mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die Bietergemeinschaft "BU A***B***" zu erteilen. Zu den seine Angebote betreffenden Ablehnungsgründen wurde dem nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfänger mitgeteilt, dass sowohl sein Hauptangebot als auch seine Abänderungsangebote aufgrund der erfolgten Bewertung an die Stellen 2 - 8 gereiht worden seien und daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Frage kommen würden.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2006 stellte der nunmehrige präsumtive Zuschlagsempfänger einen Nachprüfungsantrag, protokolliert unter Zl. N/0102-BVA/04/2006, in dem er die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung sowie den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006 und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrte. Darüber hinaus wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8, teilweise stattgegeben wurde. Mit Schriftsatz vom 7.12.2006 stellte der nunmehrige präsumtive Zuschlagsempfänger einen Nachprüfungsantrag, protokolliert unter Zl. N/0102-BVA/04/2006, in dem er die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung sowie den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrte. Darüber hinaus wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid vom 14.12.2006, N/0102-BVA/04/2006-EV8, teilweise stattgegeben wurde.

Mit Schriftsatz vom 12.1.2007 stellte der nunmehrige präsumtive Zuschlagsempfänger einen Antrag auf Erstreckung der einstweiligen Verfügung vom 14.12.2006 über den 18.1.2007 hinaus. Da die Absicht bestehe, den nichtamtlichen Sachverständigen M*** beizuziehen, könne vor dem 18.1.2007 keine mündliche Verhandlung mehr stattfinden. Die Voraussetzungen zur Erlassung der einstweiligen Verfügung würden fortbestehen und kein besonderes öffentliches Interesse gegen die Erstreckung der einstweiligen Verfügung sprechen. Sein Interesse an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung sei als überwiegend zu bewerten.

Im Schriftsatz vom 15.1.2007 brachte der Auftraggeber kein besonderes öffentliches Interesse, das derzeit gegen die

beantragte Erstreckung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, vor. Es erfolgte jedoch der Hinweis, dass die Sanierungsarbeiten aus Gründen der Verkehrssicherheit immer möglichst zu den verkehrsberuhigten Zeiten und insbesondere außerhalb der reise starken Wochenenden und Ferien zu erfolgen hätten. Die Leistung sei daher im Wesentlichen bis vor den Sommerferien 2007 abzuschließen. Die Erstellung des Gutachtens sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sollten daher so rasch wie möglich erfolgen.

Mit Bescheid vom 17.1.2007, Zl. N/0102-BVA/04/2006-31, erfolgte die Bestellung von M*** zum nichtamtlichen Sachverständigen zur Prüfung von Fragen hinsichtlich der Preiskalkulation des Angebotes des Antragstellers.

Mit Bescheid vom 17.1.2007, Zl. N/0102-BVA/04/2006-32, wurde dem Antrag auf Erstreckung der einstweiligen Verfügung über den 18.1.2007 hinaus stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 26.3.2007, die Erteilung des Zuschlags untersagt. Die Begründung stützte sich im Wesentlichen darauf, dass der Auftraggeber kein öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse, das derzeit gegen die Erstreckung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht hat. Der Auftraggeber hat offensichtlich bei der Erstellung des Zeitplanes seines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und darüber hinausfolgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen. Da sich durch die Beiziehung des Sachverständigen eine Zeitverzögerung ergeben hatte und die Voraussetzungen zur Erlassung der einstweiligen Verfügung unverändert fortbestanden, wurde das Interesse des nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung nach wie vor als überwiegend gewertet.

Zum Gutachten vom 28.2.2007 nahmen der Antragsteller, der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger Stellung. In der mündlichen Verhandlung vom 14.3.2007 wies der Antragsteller darauf hin, dass vom Gutachter außer Acht gelassen worden sei, dass der Antragsteller über einen eigenen Zementproduktionsbetrieb verfüge. In dem von ihm erstellten K5-Blatt wären die tatsächlichen Produktionskosten berücksichtigt worden. Auf Aufforderung des Bundesvergabebeamten gab der Antragsteller seinen Zementproduktionsbetrieb in der slowakischen Republik bekannt und legte die K5-Blätter für Unter- und Oberbeton vor. Am 20.3.2007 fand eine weitere mündliche Verhandlung statt. In dieser bestätigten der Auftraggeber und der Antragsteller, dass der Antragsteller ein Angebot mit den dazugehörigen Nachweisen für Subunternehmer und den dazugehörigen Material- bzw. Systemeignungsnachweisen bzw. Prüfungszeugnissen für den Zement für die Betondeckenherstellung, für den Straßenbaubitumen usw. gelegt habe. Auf die Frage, ob das Angebot des Antragstellers auch dann als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar zu bezeichnen wäre, wenn der Zement nicht aus dem eigenen Zementbetriebswerk verwendet werden würde, wertete der Sachverständige für diesen Fall das Angebot des Antragstellers als betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Dies wurde auch vom Antragsteller bestätigt. Auf die Verlesung der deutlich diktierten Niederschrift wurde einvernehmlich verzichtet. Durch die Unterschrift am Ende des Verhandlungsprotokolls wurde vom Antragsteller die Richtigkeit der Niederschrift bestätigt.

Mit Bescheid vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83, wurde die Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2006 für nichtig erklärt und dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG 2006 stattgegeben. Die Begründung stützte sich im Wesentlichen darauf, dass sich der nunmehr vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung benannte eigene Produktionsbetrieb in der slowakischen Republik von jenem Herstellerwerk für den Zement O***, das im Angebot des Antragstellers aufscheint und für das die als integrierter Angebotsbestandteil zu wertenden Nachweise gelegt wurden, unterscheidet. Mit dem Hinweis auf die, auf den eigenen Produktionsbetrieb zurückzuführenden außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen für den Zement in der mündlichen Verhandlung hat zum einen der Antragsteller sein Angebot geändert. Im offenen Verfahren darf jedoch gemäß § 101 Abs 4 BVergG 2006 nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden. Zum anderen konnte der Antragsteller mit dieser Erklärung nicht den niedrigen Einheitspreis bei der Zweischichtbetondecke im Hinblick auf den Unterbeton in seinem Angebot plausibel und nachvollziehbar erklären. Es fehle somit auch an der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit. Dessen Fehlen wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom 20.3.2007 mit der Ausführung des Gutachters bestätigt, wonach das Angebot des Antragstellers dann nicht als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar zu beurteilen ist, wenn der Zement nicht aus dem eigenen Zementherstellungsbetrieb verwendet werden würde. Diese Aussage des Gutachters wurde vom Antragsteller bestätigt. Das Angebot des Antragstellers wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen. Mit Bescheid vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83, wurde

die Zuschlagsentscheidung vom 23.11.2006 für nichtig erklärt und dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 stattgegeben. Die Begründung stützte sich im Wesentlichen darauf, dass sich der nunmehr vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung benannte eigene Produktionsbetrieb in der slowakischen Republik von jenem Herstellerwerk für den Zement O***, das im Angebot des Antragstellers aufscheint und für das die als integrierter Angebotsbestandteil zu wertenden Nachweise gelegt wurden, unterscheidet. Mit dem Hinweis auf die, auf den eigenen Produktionsbetrieb zurückzuführenden außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen für den Zement in der mündlichen Verhandlung hat zum einen der Antragsteller sein Angebot geändert. Im offenen Verfahren darf jedoch gemäß Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006 nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden. Zum anderen konnte der Antragsteller mit dieser Erklärung nicht den niedrigen Einheitspreis bei der Zweischichtbetondecke im Hinblick auf den Unterbeton in seinem Angebot plausibel und nachvollziehbar erklären. Es fehle somit auch an der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit. Dessen Fehlen wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom 20.3.2007 mit der Ausführung des Gutachters bestätigt, wonach das Angebot des Antragstellers dann nicht als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar zu beurteilen ist, wenn der Zement nicht aus dem eigenen Zementerzeugungsbetrieb verwendet werden würde. Diese Aussage des Gutachters wurde vom Antragsteller bestätigt. Das Angebot des Antragstellers wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden gewesen.

Dieser Bescheid wurde nachweislich am 26.3.2007 per Telefax dem Antragsteller sowie den übrigen Parteien übermittelt. Ebenso erfolgte eine Übermittlung im Postweg, welche der Antragsteller nachweislich am 27.3.2007 entgegen nahm.

Mit E-Mail-Mitteilung vom 27.3.2007, eingebracht beim Bundesvergabeamt am 28.3.2007, beantragte der Antragsteller eine Ergänzung der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 20.3.2007 in dem Sinne, dass der Antragsteller erläutert habe, dass die Bietergemeinschaft "B****" den Zement auf Grund des eigenen Zementwerkes in der Slowakei so günstig anbieten könne und daher den lokalen Zementlieferanten vor die Alternative stellen könne, entweder zu dem Preis zu liefern, zu dem "B****" den Zement vom eigenen Zementwerk beziehen könne oder die "B****" tatsächlich auf den vom eigenen Zementwerk erzeugten Zement zurückgreife. Deshalb könne die "B****" diesen günstigen Zementpreis durchsetzen und gebe diesen Vorteil an den Auftraggeber weiter. Für den (hypothetischen) Fall, dass "B****" nicht über diese günstige Bezugsquelle verfügen würde und Zement zu den allgemein üblichen Preisen einkaufen müsste, wäre die vorliegende Kalkulation nicht plausibel.

Mit Telefaxmitteilung vom 18.4.2007 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller unter Hinweis auf die Begründung im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83, mit, dass sein Angebot ausgeschieden werde. In einer weiteren Telefaxmitteilung vom 18.4.2007 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, dem sechsten Abänderungsangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit einer Nettoangebotssumme von Euro 26.767.882,43 den Zuschlag zu erteilen. Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 2.5.2007 angegeben.

Mit Schriftsatz vom 30.4.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 2.5.2007, stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006 durch den Auftraggeber für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt wurden. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Bescheid vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2007-83, noch nicht rechtskräftig sei. Die geforderte Zertifizierung für den bei der Betonherstellung zur Verwendung gelangenden Zement der O*** sei vorgelegt worden. Im Rahmen der Angebotsprüfung habe der Antragsteller Fragen zum Preis der Zweischichtbetondecke zufriedenstellend beantwortet. Nach Abschluss des ersten Nachprüfungsverfahrens habe der Auftraggeber die Angebotsprüfung nicht fortgesetzt und keine vertiefte Prüfung der angebotenen Preise für die Zweischichtbetondecke vorgenommen. Es sei vom Auftraggeber keine als angemessen/plausibel angesehene Preisbandbreite für die Lieferung von Zement angegeben worden. Aufgrund der hohen Marktkonzentration sei es bereits mehrfach zur Bildung von Zementkartellen gekommen. Beispielsweise sei vom deutschen Bundeskartellamt im Jahre 2003 ein Zementkartell aufgedeckt worden. In der Folge sei der Zementpreis auf Euro 30,-/t gesunken. Im Jahr 2004 sei der Zementpreis wieder um Euro 12,50/t

auf Euro 42,50/t gestiegen. Der vom Antragsteller kalkulierte Europreis/t liege zwar unter dem üblichen Marktpreis, sei aber für Zementherzeuger noch immer ein lukratives Geschäft und daher für solche Abnehmer, die über eigene Zementproduktionskapazitäten verfügen würden, im Verhandlungsweg erreichbar. Der Antragsteller habe im Nachprüfungsverfahren dargelegt, dass er über ein eigenes Zementwerk in der slowakischen Republik verfüge und daher lokale Zementlieferanten vor die Alternative stellen können, entweder zu dem Preis zu liefern, zu dem die "B****" vom eigenen Zementwerk beziehen könne oder die "B****" tatsächlich diesen vom eigenen Zementwerk beziehe. Vergleichsweise günstige Zementpreise könnten damit durchgesetzt und der Vorteil an den Auftraggeber weitergegeben werden. Es liege in der Risikosphäre des Bieters, einen angebotenen Preis tatsächlich erzielen zu können. Mit Schriftsatz vom 30.4.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 2.5.2007, stellte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch ersichtlichen Begehren. Gleichzeitig wurde ein Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 durch den Auftraggeber für den Nachprüfungsantrag sowie für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt wurden. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Bescheid vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2007-83, noch nicht rechtskräftig sei. Die geforderte Zertifizierung für den bei der Betonherstellung zur Verwendung gelangenden Zement der O*** sei vorgelegt worden. Im Rahmen der Angebotsprüfung habe der Antragsteller Fragen zum Preis der Zweischichtbetondecke zufriedenstellend beantwortet. Nach Abschluss des ersten Nachprüfungsverfahrens habe der Auftraggeber die Angebotsprüfung nicht fortgesetzt und keine vertiefte Prüfung der angebotenen Preise für die Zweischichtbetondecke vorgenommen. Es sei vom Auftraggeber keine als angemessen/plausibel angesehene Preisbandbreite für die Lieferung von Zement angegeben worden. Aufgrund der hohen Marktkonzentration sei es bereits mehrfach zur Bildung von Zementkartellen gekommen. Beispielsweise sei vom deutschen Bundeskartellamt im Jahre 2003 ein Zementkartell aufgedeckt worden. In der Folge sei der Zementpreis auf Euro 30,--/t gesunken. Im Jahr 2004 sei der Zementpreis wieder um Euro 12,50/t auf Euro 42,50/t gestiegen. Der vom Antragsteller kalkulierte Europreis/t liege zwar unter dem üblichen Marktpreis, sei aber für Zementherzeuger noch immer ein lukratives Geschäft und daher für solche Abnehmer, die über eigene Zementproduktionskapazitäten verfügen würden, im Verhandlungsweg erreichbar. Der Antragsteller habe im Nachprüfungsverfahren dargelegt, dass er über ein eigenes Zementwerk in der slowakischen Republik verfüge und daher lokale Zementlieferanten vor die Alternative stellen können, entweder zu dem Preis zu liefern, zu dem die "B****" vom eigenen Zementwerk beziehen könne oder die "B****" tatsächlich diesen vom eigenen Zementwerk beziehe. Vergleichsweise günstige Zementpreise könnten damit durchgesetzt und der Vorteil an den Auftraggeber weitergegeben werden. Es liege in der Risikosphäre des Bieters, einen angebotenen Preis tatsächlich erzielen zu können.

Im auch dem Auftraggeber zugestellten Protokollergänzungsantrag vom 27.3.2007 sei klar und unwidersprochen dargelegt worden, dass die Kalkulation des Antragstellers darauf beruhe, von der "O****" den Zement zu jenem Preis beziehen zu können, zu dem er im eigenen Zementwerk hergestellt werden könne. Ungeachtet dessen habe der Auftraggeber die Angebotsprüfung zur Preiskalkulation der Zweischichtbetondecke nicht fortgesetzt, sondern das Angebot des Antragstellers ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers bekannt gegeben.

Der Antragsteller fechte die Ausscheidensentscheidung zu Lasten des Angebotes des Antragstellers sowie die Zuschlagsentscheidung an. Durch die angefochtenen Entscheidungen werde der Antragsteller in seinem Recht auf Nichtausscheiden seines Angebotes, der Teilnahme an einem gesetzmäßigen Verfahren und dem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens sowie Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren verletzt. Dem Antragsteller komme die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung unmittelbar aus dem Gesetz zu. Die Legitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung liege mit der erfolgreichen Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung vor. Darüber hinaus habe es der Auftraggeber unterlassen, trotz Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes das Vergabeverfahren zu widerrufen. Jeder Bieter habe ein Interesse an einer Neuausschreibung, um die Chance zur Erlangung eines öffentlichen Auftrages zu wahren. Diesfalls habe der Bieter ein subjektives Recht auf Widerruf der Ausschreibung und Unterbleiben der Zuschlagserteilung.

Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.5.2005, 2004/04/0094, beziehe sich lediglich auf jene Fälle, in denen ein Bieter aufgrund mangelnder Eignung auszuschneiden gewesen sei und daher gar nicht an der Angebotsprüfung

und Ermittlung des Zuschlagsempfängers teilnehmen dürfe. Nur nicht geeignete, leistungsfähige oder zuverlässige Bieter könnten bei einem rechtswidrigen Unterbleiben des gebotenen Widerrufs nicht beschwert sein.

Das Vergabeverfahren sei aufgrund einer Vielzahl unrichtiger Mengen und Massen in der Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Außerdem sei das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers rechtswidrig, selbst wenn der oben angeführte Widerrufsgrund nicht vorliege. Die Zuschlagsentscheidung dürfe daher nicht zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergehen. Auch der im Vorverfahren tätige Sachverständige habe in seinem Gutachten angemerkt, dass der Ausschreibung im Einzelnen unrichtige Mengen- und Wertansätze zugrunde liegen würden. Das Bundesvergabeamt habe diese unrichtigen Mengen- und Wertansätze festzustellen. Es werde deshalb die Bestellung eines Gutachters aus dem Fach Wirtschaftsingenieurwesen - Tiefbau zur Klärung der Fragen beantragt, ob in der vorliegenden Ausschreibung unrichtige Mengen und Massen angegeben seien.

Der Auftraggeber habe es darüber hinaus unterlassen, das Ausscheiden des Angebotes des Antragstellers eigenständig zu begründen. Vielmehr sei nur ein bloßer Hinweis auf die Begründung der Behördenentscheidung erfolgt. Den Vorwurf nicht plausibler Teilpreise wegen eines zu niedrigen Zementpreises hätte der Auftraggeber im Rahmen der fortgesetzten Angebotsprüfung schriftlich vorhalten und Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen müssen.

Mit der Feststellung, dass der Antragsteller sein Angebot geändert habe und den Zement aus seinem eigenen Zementwerk in der slowakischen Republik verwenden wolle, unterstelle das BVA seiner Entscheidung einen unrichtigen Sachverhalt. Dies sei offenbar aus dem Hinweis auf die besonders günstigen Produktionsbedingungen geschlossen worden. Es wäre aber übersehen worden, dass der Antragsteller seine Preiskalkulation damit erklärt habe, dass er zwar von einem Bezug des Zementes von einem lokalen Lieferanten ausgehe, aber im Hinblick auf seine eigenen günstigen Produktionsbedingungen mit jenem Preis kalkuliert habe, der bei Eigenproduktion zuzüglich eines angemessenen Preisaufschlages entstehe.

Die eigene Produktionsmöglichkeit fließe indirekt auf die Bezugsbedingungen ein. Erst für einen konkreten Vertragsabschluss könne der Lieferant seinen besten Preis machen. Wenn der Auftraggeber seine Ausscheidensentscheidung damit begründe, dass der Antragsteller mit einem Zementpreis unterhalb des Marktpreises kalkuliert habe, verstoße er gegen zwingendes Gemeinschaftsrecht. Dem Antragsteller müsse zum behaupteten Unterpreis entsprechend der Judikatur des EuGH Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Schon damit belaste der Auftraggeber seine Ausscheidensentscheidung mit Rechtswidrigkeit.

Aufgrund des zwingenden Widerrufs bestehe der Schaden bei der Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschlusses durch Zuschlagserteilung im Verlust der Möglichkeit, sich an einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen. Dieser werde mit Euro 840.000,-- beziffert.

Mit der beantragten Aussetzung des Vergabeverfahrens und Untersagung der Anbotsöffnung werde vermieden, dass der Auftraggeber einen Zuschlag erteile und das Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung "unzulässig werde", bevor im Hauptverfahren eine Entscheidung getroffen werde. Der einstweiligen Verfügung stünden weder überwiegende Interessen der beteiligten Bieter und des Auftraggebers noch besondere öffentliche Interessen entgegen. Zu diesen würden in erster Linie die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen zählen. Solche bestünden auch an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bzw. an der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Die Rechtsrichtigkeit habe dabei immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe.

Im Vergleich zu den Bieterinteressen würden keine schützenswerten Interessen an der Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter wie Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum bestehen. Zwar diene die Sanierung der A2 Südautobahn der Erhöhung der Verkehrssicherheit, der Auftraggeber habe jedoch sein fehlendes Dringlichkeitsinteresse in der gewählten Verfahrensart dokumentiert. Ein Baubeginn stehe nicht einmal unmittelbar, sondern erst frühestens im Juni 2007 bevor. Eine maximal sechswöchige Verzögerung sei daher nicht als Verzögerung zu werten und könne leicht eingeholt werden.

Durch die Verzögerung geschädigte Auftraggeberinteressen seien unbeachtlich und habe ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich zu rechnen und diese daher bei der Planung zu berücksichtigen. In einer weiteren Terminüberschreitung liege daher kein Nachteil. Andernfalls liege es in der Hand des Auftraggebers, die Effizienz des Vergaberechtsschutzes auszuhöhlen. Die Interessenabwägung habe daher zugunsten des Antragstellers auszufallen. Auf die Begründung der Bescheide des Bundesvergabeamtes in der

einstweiligen Verfügung und in deren Erstreckung im vorhergehenden Nachprüfungsverfahren werde verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 7.5.2007 nahm der Auftraggeber zum Vorbringen des Antragstellers Stellung. Unter Berücksichtigung des Endes der Angebotsfrist und der dreimonatigen Zuschlagsfrist gemäß dem Ausschreibungsteil B1.1.306 hätte ausschreibungsgemäß die Zuschlagsfrist am 5.12.2006 geendet. Diese sei jedoch sowohl vom Antragsteller als auch vom präsumtiven Zuschlagsempfänger jeweils auf den 30.4.2007 verlängert worden. Lediglich der präsumtive Zuschlagsempfänger habe unaufgefordert mit Schreiben vom 19.4.2007 eine Verlängerung der Zuschlagsfrist bis zum 27.6.2007 sowie der Garantieerklärungen bis zum 3.8.2007 gewährt.

Dagegen habe der Antragsteller weder gegenüber dem Auftraggeber noch gegenüber der vergebenden Stelle eine Verlängerung der Zuschlagsfrist deponiert, sodass der Antragsteller auch nicht mehr an sein Angebot zivilrechtlich gebunden und sein Angebot - weil nicht mehr existent - nicht mehr beachtlich sei. Eine Hemmung oder Unterbrechung des Ablaufs der Zuschlagsfrist durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens könne nicht eintreten, da sich die diesbezüglichen Bestimmungen auf (Prozess)verfahrensangelegenheiten und nicht auf rein zivilrechtliche Bindungswirkungen beziehen würden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei bereits aus diesem Grunde ab- bzw. zurückzuweisen.

Für die in zwei mit jeweils sechs Monate anzusetzenden Bauphasen gegliederte Leistung sei in der Ausschreibung unter Pkt. B6.6,306.1 ein Gesamtfertigstellungstermin mit 25.7.2008 genannt, wobei der Beginn der ersten Bauphase mit 1.2.2007 und der der zweiten Bauphase mit 4.2.2008 vorgesehen seien. Bereits aufgrund des ersten eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens zu N/0102-BVA/04/2006 hätte der planmäßig vorgesehene Arbeitsbeginn verschoben werden müssen. Unter Berücksichtigung einer Zuschlagserteilung bis längstens 14.5.2007 und Einhaltung einer Dispositionsfrist von 30 Tagen (siehe B6 6.3.6.1 der berichtigten Ausschreibung) im Hinblick auf Materialbestellvorlaufzeiten und Personal- und Gerätschaftsbereitstellung sowie Baustelleneinrichtung sehe der aktuelle Zeitplan einen Baubeginn am 18.6.2007 vor. Unter Berücksichtigung der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angebotenen 40-tägigen Bauzeitverkürzung könne das Ende der ersten Bauphase mit 2.11.2007 angesetzt werden. Bei einer neuerlichen Verschiebung des Baubeginnes könne die Maßnahme heuer nicht mehr umgesetzt werden, zumal die Arbeiten bis in den Dezember 2007 bzw. Jänner 2008 hineinreichen und aufgrund der jahreszeitlich bedingten Temperaturen die witterungs- und temperaturkritischen Arbeiten nicht mehr vorgenommen werden könnten.

Eine aufgrund der Unterbrechung der Leistung bis Frühjahr 2008 reichende offene Baustelle bedeute eine Erhöhung des Verkehrssicherheitsrisikos, zumal die Arbeiten nicht durchgehend und zügig beendet werden könnten. Die aufgrund der notwendigen Betonier- und Isolierarbeiten stark witterungs- und temperaturabhängige Arbeiten umfassende Leistung würde bei einer nochmaligen Auftragsverzögerung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr im Jahr 2007 umgesetzt werden können. Entgegen den ursprünglichen Leistungsterminen würden sich wesentlich andere Ausführungsfristen bzw. entsprechende Verschiebungen um ein Kalenderjahr ergeben und könnten die notwendigen Instandsetzungen erst um ein Jahr verzögert umgesetzt werden. Dadurch würden dem Auftraggeber auch Kosten für die notdürftigen Sanierungsmaßnahmen und Brückenunterstellungen, die erforderlich seien, wenn die geplanten Brücken- und Straßeninstandsetzungsarbeiten nicht im Jahr 2007 begonnen werden könnten, in einer geschätzten Höhe von ca. Euro 300.00,-- erwachsen.

Aufgrund des Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83, sei das Angebot des Antragstellers ausgeschieden worden. Materiell handle es sich beim gegenständlichen Nachprüfungsantrag um eine entschiedene Sache, die einer neuerlichen Überprüfung durch das BVA entzogen sei, sodass sowohl der Nachprüfungsantrag als auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unzulässig bzw. zurückzuweisen seien. Aufgrund der gegebenen Sach- und Rechtslage habe der Antragsteller auch keine Chance auf Erlangung des Auftrages, womit es auch an einem schutzwürdigen Interesse fehle.

Sofern der Antragsteller implizit einen Widerruf der Ausschreibung und eine Neuausschreibung "begehre", so könne dieses Begehren nicht durchgesetzt werden, zumal das Bundesvergabeamt nicht ermächtigt sei, Entscheidungen anstelle des Auftraggebers zu setzen, sondern dieses lediglich Entscheidungen des Auftraggebers gegebenenfalls für nichtig zu erklären.

Ein auf einen Widerruf der Ausschreibung und Durchführung einer Neuausschreibung gerichtetes Ansinnen des Antragstellers könne daher auch nicht als Grundlage für eine Interessenabwägung bei Erlassung einer einstweiligen

Verfügung dienen. Der Antragsteller dokumentiere damit auch, nicht für die Zuschlagserteilung in Betracht zu kommen, andernfalls er auch nicht auf einen Widerruf sondern auf eine Zuschlagserteilung "plädieren" müsste. Die Chance auf Auftragserteilung bei Durchführung einer Neuausschreibung beruhe auf reiner Spekulation, die kein schützenswertes Interesse einer Interessenabwägung im Provisorialverfahren darstellen könne. Auch fehle es am unmittelbar drohenden Schaden, da bei Neuaufrollung des Vergabeverfahrens keineswegs gesichert sei, dass der Antragsteller als Bestbieter hervorgehe.

Den Auftrag im gegenständlichen Verfahren zu erlangen, sei geradezu denkunmöglich, da die zugunsten des Antragstellers ergangene Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers mit Bescheid vom 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83, für nichtig erklärt worden sei. Auch eine allfällige Nichtigerklärung der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung zugunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers würde den Antragsteller nicht in einen Rechtsstand versetzen, der ihm eine echte Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren ermöglichen würde. Es würden somit kein unmittelbar drohender Schaden sowie schützenswerte Interessen des Antragstellers bestehen, die es zu beseitigen oder zu verhindern gelte. Zur Behauptung des Antragstellers, die Ausschreibung enthalte grob unrichtige Mengen und Massen, sei auf die fehlende vor Abgabe des Angebotes vergaberechtskonforme Rüge zur Ausschreibung sowie daraus resultierend auf die Bestandsfestigkeit und Unanfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen zu verweisen. Diese Behauptung lege auch den Schluss nahe, dass das Angebot des Antragstellers offenbar spekulative Ansätze beinhalte und auch aus diesem Umstand zwingend auszuschließen sei. Da allerdings alle Bieter dieselben Mengen und Massen angeboten hätten, wäre ein Wettbewerbs- bzw. Angebotsvergleich jedenfalls für alle Bieter unter denselben Bedingungen möglich. Für Mengen- und Massenabweichungen enthalte die ÖNORM B 2117 bzw. 2118 entsprechende Regelungen, sodass derartige Abweichungen vertraglich und ausführungstechnisch kein Problem darstellen würden.

Unter Abwägung aller Umstände müsste das Bundesvergabeamt davon ausgehen, dass einerseits keine schützwürdigen Interessen des Antragstellers zu sichern seien und andererseits ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegeben wäre, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch das BVA abzuweisen sei.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

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

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 32.381.994,75 (exkl USt) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 32.381.994,75 (exkl USt) ist der einschlägige Schwellenwert überschritten und das Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Im gegenständlichen Verfahren wurde weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Der Antragsteller hat im gegenständlichen Verfahren ein Angebot gelegt. Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg. cit. ist nicht auszugehen. Inwieweit dem Antragsteller die Antragslegitimation zukommt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antragsteller hat im gegenständlichen Verfahren ein Angebot gelegt. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. ist nicht auszugehen. Inwieweit dem Antragsteller die Antragslegitimation zukommt, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328,

Absatz 2, leg. cit. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Gemäß § 329 Abs. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des 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, leg. cit. 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 leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg. cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Antragsteller wies zur Interessenabwägung insbesondere darauf hin, dass keinerlei berücksichtigungswürdigen Interessen des Auftraggebers und sonstiger Mitbieter geschädigt würden und auch kein öffentliches Interesse vorliege, das gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechen würde, sondern nur Interessen des Antragstellers bedroht seien. Im Vergleich zu den Bieterinteressen würden keine schützenswerten Interessen an der Erhaltung höherwertiger Rechtsgüter wie Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum bestehen. Eine Sanierung ziehe zwar eine Erhöhung der Verkehrssicherheit nach sich, ein Dringlichkeitsinteresse sei vom Auftraggeber jedoch nicht dokumentiert worden. Eine maximal sechswöchige Verzögerung könne leicht eingeholt werden. Eine Terminüberschreitung bringe keinen Nachteil mit sich.

Mit diesem Vorbringen lässt der Antragsteller die spezielle Fallkonstellation im gegenständlichen Vergabeverfahren außer Acht. Gemäß den oben angeführten Ausschreibungsbestimmungen ist unter Einräumung einer 30-tägigen Dispositionsfrist vor Auftragserteilung eine Gesamtbauzeit von 2x6 Monaten vorgesehen. Der Auftraggeber wies in

seinem Vorbringen darauf hin, dass auf Grund des vorhergehenden, unter der Aktenzahl N/0102-BVA/04/2006 protokollierten Nachprüfungsverfahrens bereits die vorgesehene Zuschlagsfrist jeweils auf 30.4.2007 verlängert worden sei. Im Gegensatz zum Antragsteller, der keine Verlängerung angeboten habe, habe der präsumtive Zuschlagsempfänger aber bis zum 27.6.2007 verlängert.

Eine neuerliche sechswöchige Verzögerung, wobei angesichts des Antrages des Antragstellers im Nachprüfungsantrag auf Bestellung eines Gutachters zur Klärung der Frage, ob der vorliegenden Ausschreibung unrichtige Mengen und Massen zu Grunde liegen würden, diese Verzögerung ohnehin in Frage zu stellen wäre und mit einer darüber hinausgehenden Verzögerung zu rechnen wäre, würde die Realisierung der ersten Bauphase im Jahr 2007 - wie auch der Auftraggeber nachvollziehbar und plausibel in seinem Vorbringen darstellt - jedenfalls zum Scheitern bringen. Hingegen würde eine Zuschlagserteilung bis längstens 14.5.2007 in Verbindung mit einer 30-tägige Dispositionsfrist unter Berücksichtigung der 40-tägigen Bauzeitverkürzung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu einem Ende der Bauphase 1 Anfang November 2007 führen.

Die stark witterungs- und temperaturabhängige Arbeiten umfassende Leistung würde bei einer neuerlichen, auf eine einstweilige Verfügung zurückzuführenden Verzögerung wesentlich andere Leistungstermine nach sich ziehen und könnten die dringend notwendigen Instandsetzungsarbeiten erst um ein Jahr verzögert umgesetzt werden. Dem Auftraggeber hätte jedoch, um die Verkehrssicherheit zu gewährleisten, notdürftige Sanierungsmaßnahmen und Brückenunterstellungen durchzuführen, für welche Kosten in der Höhe von Euro 300.000 erwachsen würden.

Dass der Auftraggeber im Zuge des vorhergehenden, unter ZI N/0102-BVA/04/2006 protokollierten Vergabeverfahrens keine besonderen öffentlichen Interessen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung geltend gemacht hat, lässt sich daraus erklären, dass zum damaligen Zeitpunkt eine Realisierung der Bauphase 1 im Jahr 2007 nicht ausgeschlossen war. Es wurde auch von ihm in der oben angeführten Stellungnahme vom 15.1.2007 darauf hingewiesen, dass derzeit gegen die Erstreckung der einstweiligen Verfügung kein besonderes öffentliches Interesse bestehe, aber die Erstellung des Gutachtens und die Durchführung der mündlichen Verhandlung so rasch wie möglich erfolgen sollte.

Angesichts dieser Umstände kann dem Auftraggeber entgegen dem Vorbringen des Antragstellers auch nicht entgegengehalten werden, dass er bei der Planung der Ausschreibung die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens unberücksichtigt hätte lassen. Dies ergibt sich auch aus dem Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 17.1.2007, N/0102-BVA/04/2006-32, mit welchem die einstweilige Verfügung vom 14.12.2006 bis zum 26.3.2007 erstreckt wurde.

Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 auszugehen. Es überwiegt das öffentliche Interesse an einer Fortführung des Vergabeverfahrens (vgl dazu BVA 24.9.2004, 12N- 89/04-10) gegenüber den Interessen des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung. Der auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag war daher abzuweisen. Wie sich aus den obigen Erwägungen ergibt, ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 auszugehen. Es überwiegt das öffentliche Interesse an einer Fortführung des Vergabeverfahrens vergleiche dazu BVA 24.9.2004, 12N- 89/04-10) gegenüber den Interessen des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung. Der auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag war daher abzuweisen.

Dokumentnummer

VERGT_20070509_N_0044_BVA_04_2007_EV14_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>