

TE Verg Bescheid 2007/5/2 N/0024-BVA/15/2007-33

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.05.2007

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §68 Abs1 Z5

BVErgG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie SC Dr. Hans Günter Gruber als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG), BGBl I Nr. 17/2006, betreffend die Auftragsvergabe "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3: Mölbling – Klagenfurt Nord (Anschluss an A2); technische Planung für die Planungsphase VP", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, über den Antrag der Bietergemeinschaft ARGE S37 – TA 3, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, Grabenstraße 33, 8010 Graz, vertreten durch X***, vom 22. März 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 15, Mag. Gerhard Prünster, sowie SC Dr. Hans Günter Gruber als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend die Auftragsvergabe "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3: Mölbling – Klagenfurt Nord (Anschluss an A2); technische Planung für die Planungsphase VP", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, Fuchsenfeldweg 71, 8074 Graz-Raaba, über den Antrag der Bietergemeinschaft ARGE S37 – TA 3, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, Grabenstraße 33, 8010 Graz, vertreten durch X***, vom 22. März 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht zuzulassen für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Entscheidung der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, vom 16.3.2006, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht zuzulassen (Nicht-Zulassung zur Teilnahme), wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 325 Abs 1, 2 Z 16 lit a sublit bb und 68 Abs 1 Z 5 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 325, Absatz eins, 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b und 68 Absatz eins, Ziffer 5, BVerG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren zu Handen ihres Rechtsvertreters zu ersetzen, wird stattgegeben.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, hat der Bietergemeinschaft ARGE S37 – TA 3, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 3.200,— zu Handen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1, 2 und 3 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, 2 und 3 BVerG

Begründung

Die Bietergemeinschaft ARGE S37 – TA 3, bestehend aus 1. A***, 2. B*** und 3. C***, vertreten durch X***, (in der Folge Antragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 22. März 2007 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers, den Teilnahmeantrag der Antragstellerin nicht zuzulassen, sowie einen Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd im Vollmachtsnamen der ASFINAG die technische Planung (Straßenplanung inklusive NKU, UFT, Grünbrücken und Kunstbauten) für die S37 Klagenfurter Schnellstraße im Teilabschnitt 3: Mölbling – Klagenfurt Nord (Anschluss an A2) für die Planungsphase VP ausgeschrieben habe. Es handle sich um ein zweistufiges nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich. Der Zuschlag solle dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit in der ersten Stufe. Zur Einholung von verbindlichen Angeboten bzw zur Abgabe von Angeboten sei es noch nicht gekommen.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit Schreiben vom 16.3.2007 sei ihr mitgeteilt worden, dass sie auf Grund der Ergebnisse der Auswahlprüfung nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werde. Begründend für die Nicht-Zulassung seien vom Auftraggeber "Vorkommnisse" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn angeführt worden. Nach Ansicht des Auftraggebers sei die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** (idF C***) nicht gegeben, eine entsprechende Aufklärung sei innerhalb der gesetzten Frist nicht erfolgt. Aus diesem Grund sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin ausgeschieden bzw. nicht zugelassen worden. Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und einen Teilnahmeantrag gestellt. Mit Schreiben vom 16.3.2007 sei ihr mitgeteilt worden, dass sie auf Grund der Ergebnisse der Auswahlprüfung nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werde. Begründend für die Nicht-Zulassung seien vom Auftraggeber "Vorkommnisse" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn angeführt worden. Nach Ansicht des Auftraggebers sei die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** in der Fassung C***) nicht gegeben, eine entsprechende Aufklärung sei innerhalb der gesetzten Frist nicht erfolgt. Aus diesem Grund sei der Teilnahmeantrag der Antragstellerin ausgeschieden bzw. nicht zugelassen worden.

Diese Entscheidung des Auftraggebers sei jedoch aus folgenden Gründen rechtswidrig:

Der Auftraggeber spreche lapidar von "Vorkommnissen" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn. Es bleibe jedoch "schleierhaft", was der Auftraggeber hiemit meine bzw. woraus er ableite, dass die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** und sohin der Antragstellerin, nicht gegeben sei. Der Hinweis auf "Vorkommnisse" sei zu wenig bestimmt bzw. bestimmbar um die Nichtzulassung bzw. Ausscheidung des Teilnahmeantrags zu rechtfertigen. Der Auftraggeber hätte detailliert und nachvollziehbar darlegen müssen, woraus die berufliche Unzuverlässigkeit abgeleitet werde bzw. worin diese bestehen solle. Bereits aus diesem Grunde sei die Entscheidung rechtswidrig.

Festzuhalten sei auch, dass im Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 von einem Teilabschnitt 3: "Friesach Nord – Mölbling" die Rede sei. Das gegenständliche Vergabeverfahren umfasse jedoch den Teilabschnitt 3: "Mölbling – Klagenfurt Nord". Es bleibe daher unklar, auf welches Vergabeverfahren bzw. welchen Teilabschnitt sich das Schreiben des Auftraggebers beziehe. Unklar sei damit auch, auf welches Vergabeverfahren bzw. welchen Teilabschnitt sich die Nicht-Zulassung beziehe. Mangels Präzisierung bzw. widersprüchlicher Bezugnahme könne eine Nicht-Zulassung der Antragstellerin nicht gerechtfertigt werden. Auch aus diesem Grund sei die Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig.

Der Auftraggeber habe keinen einzigen Grund genannt bzw. nennen können, welcher iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG einen Ausschluss der Antragstellerin von der Teilnahme am Vergabeverfahren rechtfertigen würde. Die Antragstellerin und die beteiligten Unternehmen hätten weder im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen, noch gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts verstoßen. Schon gar nicht sei ein allfälliger Verstoß nachweislich festgestellt worden. Ein Ausschluss bzw. Ausscheiden käme nur dann in Betracht, wenn die berufliche Unzuverlässigkeit durch ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes oder einer schweren Verfehlung nachweislich festgestellt worden wäre. Keine dieser Voraussetzungen liege jedoch gegenständlich vor. Auch beim Objekt L 40 habe die C*** ordnungsgemäße und mängelfreie Leistungen erbracht. Der Auftraggeber habe keinen einzigen Grund genannt bzw. nennen können, welcher iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG einen Ausschluss der Antragstellerin von der Teilnahme am Vergabeverfahren rechtfertigen würde. Die Antragstellerin und die beteiligten Unternehmen hätten weder im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen, noch gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts verstoßen. Schon gar nicht sei ein allfälliger Verstoß nachweislich festgestellt worden. Ein Ausschluss bzw. Ausscheiden käme nur dann in Betracht, wenn die berufliche Unzuverlässigkeit durch ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes oder einer schweren Verfehlung nachweislich festgestellt worden wäre. Keine dieser Voraussetzungen liege jedoch gegenständlich vor. Auch beim Objekt L 40 habe die C*** ordnungsgemäße und mängelfreie Leistungen erbracht.

Die vom Auftraggeber gemäß §§ 72 und 73 BVergG in der Ausschreibung festgelegten Nachweise betreffend die

berufliche Zuverlässigkeit seien von der Antragstellerin zur Gänze erbracht worden. Insbesondere befinde sich unter diesen Nachweisen eine Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg vom 6.11.2006, mit welcher u.a. bestätigt werde, dass keine Umstände bekannt seien, durch welche die berufliche Zuverlässigkeit in Frage gestellt werden könnte. Damit sei die berufliche Zuverlässigkeit der C*** und sohin auch der Antragstellerin hinreichend nachgewiesen. Die vom Auftraggeber gemäß Paragraphen 72 und 73 BVergG in der Ausschreibung festgelegten Nachweise betreffend die berufliche Zuverlässigkeit seien von der Antragstellerin zur Gänze erbracht worden. Insbesondere befinde sich unter diesen Nachweisen eine Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg vom 6.11.2006, mit welcher u.a. bestätigt werde, dass keine Umstände bekannt seien, durch welche die berufliche Zuverlässigkeit in Frage gestellt werden könnte. Damit sei die berufliche Zuverlässigkeit der C*** und sohin auch der Antragstellerin hinreichend nachgewiesen.

Unrichtig sei die Behauptung des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin binnen der ihr gesetzten Frist keine entsprechende Aufklärung iSd § 129 Abs. 2 BVergG gegeben habe. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 sei die Antragstellerin ersucht worden, binnen sieben Tagen darzulegen, welche Maßnahmen getroffen worden seien, um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** "wieder herzustellen". Mit Telefax vom 28.2.2007 habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass ihre berufliche Zuverlässigkeit immer gegeben gewesen sei und dies auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Fall sei. Es habe keiner Maßnahmen bedurft, um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit "wieder herzustellen", da diese ohnehin immer gegeben gewesen sei. Weiters habe der Auftraggeber releviert, dass die schriftliche Mitteilung lediglich für die C*** erfolgt sei. Noch vor dem Ausschluss der Antragstellerin sei jedoch mit Telefax vom 15.3.2007 der Hinweis erfolgt, dass die Stellungnahme vom 28.2.2007 selbstverständlich auch für die ARGE, sohin die Antragstellerin, abgegeben worden sei. Überdies könnten nach Ansicht der Antragstellerin sämtliche Mitglieder einer ARGE im Vergabeverfahren Mitteilungen machen und sei auch die C*** direkt angesprochen gewesen, da ja behauptet worden sei, dass deren berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben gewesen sei. Nebenbei sei erwähnt, dass die C*** natürlich seitens der anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft zur Abgabe der Stellungnahme vom 28.2.2007 bevollmächtigt und beauftragt gewesen sei. Damit könne die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers auch nicht mit einer mangelnden Aufklärung iSd § 129 Abs. 2 BVergG gerechtfertigt werden. Unrichtig sei die Behauptung des Auftraggebers, wonach die Antragstellerin binnen der ihr gesetzten Frist keine entsprechende Aufklärung iSd Paragraph 129, Absatz 2, BVergG gegeben habe. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 sei die Antragstellerin ersucht worden, binnen sieben Tagen darzulegen, welche Maßnahmen getroffen worden seien, um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** "wieder herzustellen". Mit Telefax vom 28.2.2007 habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass ihre berufliche Zuverlässigkeit immer gegeben gewesen sei und dies auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Fall sei. Es habe keiner Maßnahmen bedurft, um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit "wieder herzustellen", da diese ohnehin immer gegeben gewesen sei. Weiters habe der Auftraggeber releviert, dass die schriftliche Mitteilung lediglich für die C*** erfolgt sei. Noch vor dem Ausschluss der Antragstellerin sei jedoch mit Telefax vom 15.3.2007 der Hinweis erfolgt, dass die Stellungnahme vom 28.2.2007 selbstverständlich auch für die ARGE, sohin die Antragstellerin, abgegeben worden sei. Überdies könnten nach Ansicht der Antragstellerin sämtliche Mitglieder einer ARGE im Vergabeverfahren Mitteilungen machen und sei auch die C*** direkt angesprochen gewesen, da ja behauptet worden sei, dass deren berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben gewesen sei. Nebenbei sei erwähnt, dass die C*** natürlich seitens der anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft zur Abgabe der Stellungnahme vom 28.2.2007 bevollmächtigt und beauftragt gewesen sei. Damit könne die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers auch nicht mit einer mangelnden Aufklärung iSd Paragraph 129, Absatz 2, BVergG gerechtfertigt werden.

Anzumerken sei weiters, dass § 129 Abs. 2 BVergG normiere, unter welchen Voraussetzungen Angebote auszuschneiden seien. Eine solche Ausscheidung eines Angebotes habe der Auftraggeber jedoch gar nicht vorgenommen, da er – unter Hinweis auf § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG – lediglich die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrages ausgesprochen habe. Anzumerken sei weiters, dass Paragraph 129, Absatz 2, BVergG normiere, unter welchen Voraussetzungen Angebote auszuschneiden seien. Eine solche Ausscheidung eines Angebotes habe der Auftraggeber jedoch gar nicht vorgenommen, da er – unter Hinweis auf Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG – lediglich die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrages ausgesprochen habe.

Die Antragstellerin sei durch die rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf Zulassung ihres

Teilnahmeantrages und Einladung zur Angebotsabgabe, auf Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens unter Einhaltung der Grundsätze des fairen und lautereren Wettbewerbs, auf fehlerfreie Anwendung der Ausschreibung sowie auf gesetzmäßige Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt. Die Antragstellerin habe ihr Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren durch Stellung des Teilnahmeantrages dokumentiert. Der Teilnahmeantrag entspreche den Bestimmungen des BVergG und den Ausschreibungsunterlagen. Die Antragstellerin sei daher als geeigneter Bewerber anzusehen.

Mit Schriftsatz vom 26. März 2007 teilte der Auftraggeber, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, mit, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handle. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro XXX ohne USt. Es handle sich um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Das Verfahren sei EU-weit am 4.12.2006, in Österreich am 5.12.2006, bekannt gemacht worden. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe unmittelbar vor der Versendung der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe. Es lägen demgemäß noch keine Angebote vor, eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht erfolgt. Auch sei das Verfahren nicht widerrufen worden. Mit Schriftsatz vom 26. März 2007 teilte der Auftraggeber, vertreten durch die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, mit, dass es sich gegenständlich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handle. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro römisch 30 ohne USt. Es handle sich um ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Das Verfahren sei EU-weit am 4.12.2006, in Österreich am 5.12.2006, bekannt gemacht worden. Der Auftrag solle nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das Vergabeverfahren befinde sich in der ersten Stufe unmittelbar vor der Versendung der Ausschreibungsunterlagen für die zweite Stufe. Es lägen demgemäß noch keine Angebote vor, eine Zuschlagsentscheidung sei noch nicht erfolgt. Auch sei das Verfahren nicht widerrufen worden.

In einer Stellungnahme zum Gesamtvorbringen vom 30. März 2007 hat der Auftraggeber vorgebracht, dass ein Ausschluss vom Vergabeverfahren im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG dann zulässig sei, wenn eine schwere Verfehlung vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sei. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei ein Ausschluss nicht nur dann zulässig, wenn hiezu ein rechtskräftiges Urteil ergangen wäre. Im gegenständlichen Fall habe der Auftraggeber eine schwere berufliche Verfehlung der C*** im Zusammenhang mit deren Leistungserbringung betreffend die Brücke L40 entlang der A10 Tauern Autobahn nachweislich festgestellt. Grund für die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin bzw. des Ausschlusses der Antragstellerin sei die fehlende berufliche Zuverlässigkeit bzw. die durch den Auftraggeber nachweislich festgestellte schwere Verfehlung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit. In einer Stellungnahme zum Gesamtvorbringen vom 30. März 2007 hat der Auftraggeber vorgebracht, dass ein Ausschluss vom Vergabeverfahren im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG dann zulässig sei, wenn eine schwere Verfehlung vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sei. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei ein Ausschluss nicht nur dann zulässig, wenn hiezu ein rechtskräftiges Urteil ergangen wäre. Im gegenständlichen Fall habe der Auftraggeber eine schwere berufliche Verfehlung der C*** im Zusammenhang mit deren Leistungserbringung betreffend die Brücke L40 entlang der A10 Tauern Autobahn nachweislich festgestellt. Grund für die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin bzw. des Ausschlusses der Antragstellerin sei die fehlende berufliche Zuverlässigkeit bzw. die durch den Auftraggeber nachweislich festgestellte schwere Verfehlung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit.

Mit der Erarbeitung bzw der Planung der Sanierungsmaßnahmen der A10 sei primär das Büro D*** beauftragt gewesen. Im Rahmen des oben erwähnten Projektes sei die C*** mit der Durchführung der Prüfstatik beauftragt worden. Im Zuge dieses Auftrages seien auch Sanierungsarbeiten am Brückenobjekt L40 vorgenommen worden. Am 16. Oktober 2006 habe die Brücke vorübergehend für mehrere Monate gesperrt werden müssen, da es zu gravierenden Verformungen der Aussteifungen und zu Rissen an Schweißnähten sowie Verbindungsbolzen gekommen sei.

Um den gegenwärtigen Zustand der Brücke L 40 umfassend zu befunden, sei seitens der ASFINAG eine gerichtliche Beweissicherung beantragt worden, welche auch bewilligt worden sei. Antragsgegner dieser Beweissicherung seien zum ersten die ausführenden Firmen und zum zweiten der Planer und u.a. auch das Büro C***, gewesen. Die Beweissicherung sei bereits abgeschlossen, die Befundungen würden den Parteien jedoch noch nicht vorliegen.

Parallel zur gerichtlichen Beweissicherung habe der Auftraggeber Konsulenten zur Ursachenforschung beauftragt. In einer gutachterlichen Stellungnahme von Herrn E***, Institut für Stahlbau, Technische Universität Graz, sei u.a. auch die Verantwortung der C*** als Prüfsingenieurbüro untersucht worden. Zusammenfassend komme der Gutachter zu

dem Ergebnis, dass die aufgetretenen Mängel in erster Linie auf Fehler im Umbaukonzept des Büros D*** zurückzuführen seien.

Ferner habe der Gutachter festgestellt, dass die C*** als Prüfer im Rahmen der Überprüfung der Detailplanung für das Umbauprojekt zwar eine Reihe konkreter Hinweise bzw. Einwände getätigt habe, diese jedoch nicht weiter verfolgt und deren Einhaltung nicht entsprechend eingefordert habe. Hier falle laut Gutachter auch der C*** als Prüfer eine Verantwortlichkeit zu. Auch führe der Gutachter weiters aus, dass die anderen aufgezeigten statischkonstruktiven Mängel von C*** hätten beanstandet werden müssen.

Dem Auftraggeber sei durch die Fehleinschätzung durch den Planer und durch den Prüfstatiker (C***) ein Schaden in der Höhe von mehreren Millionen Euro entstanden. Der Sanierungsaufwand zur Behebung der Planungsmängel würde ca. Euro XXX Mio. betragen. Dem Auftraggeber sei durch die Fehleinschätzung durch den Planer und durch den Prüfstatiker (C***) ein Schaden in der Höhe von mehreren Millionen Euro entstanden. Der Sanierungsaufwand zur Behebung der Planungsmängel würde ca. Euro römisch 30 Mio. betragen.

Aufgrund der gegebenen Sach- und Rechtslage sehe sich der Auftraggeber daher gezwungen, unter anderem das Büro C*** von künftigen Vergabeverfahren, und daher auch im konkreten Vergabeverfahren, von der weiteren Teilnahme im Sinne des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschließen. Aufgrund der gegebenen Sach- und Rechtslage sehe sich der Auftraggeber daher gezwungen, unter anderem das Büro C*** von künftigen Vergabeverfahren, und daher auch im konkreten Vergabeverfahren, von der weiteren Teilnahme im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschließen.

Mit Schreiben der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 16. Jänner 2007 sei C*** darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass beabsichtigt sei, sie von künftigen Vergabeverfahren wegen vermutetem Fehlen der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit im Sinne des § 72 iVm § 68 Abs. 1 Ziffer 5 BVergG auszuschließen. Mit Schreiben der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 16. Jänner 2007 sei C*** darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass beabsichtigt sei, sie von künftigen Vergabeverfahren wegen vermutetem Fehlen der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit im Sinne des Paragraph 72, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5 BVergG auszuschließen.

Nicht nachvollziehbar sei das Vorbringen der Antragstellerin, dass sie nicht wisse, was mit den "Vorkommnissen" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 gemeint sei. Vielmehr sei es so, dass C*** von Anbeginn an stets an den sogenannten Partnerschaftssitzungen betreffend das Objekt L40 teilgenommen habe und daher stets über den Inhalt bzw. die Aussagen von E*** in Kenntnis gewesen sei. Auch sei es so, dass die nunmehrigen Rechtsvertreter der Antragsstellerin auch gleichzeitig die Rechtsvertretung der C*** im Zusammenhang mit dem Objekt L40 übernommen gehabt haben und auch zu den Partnerschaftssitzungen eingeladen gewesen seien. Ferner sei C*** mit Schreiben von RA Y***, Rechtsvertreter des Auftraggebers, vom 29. Jänner 2007, auf die Solidarhaftung mit dem Planer, D***, hingewiesen worden.

Es sei einem Auftraggeber wohl nicht zuzumuten, dass er sich in ein Vergabeverfahren einlassen müsse, bei dem möglicherweise ein Bieter, der nachweislich schwere berufliche Verfehlungen gesetzt habe, als Bestbieter hervorgehe und er mit diesem kontrahieren müsse. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass es bei künftigen Auftragsabwicklungen zu ähnlichen Vorfällen bzw. mangelhafter Leistungserbringung wie beim Objekt L40 komme. Daher habe der Auftraggeber das Büro C*** von der Teilnahme am antragsgegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Der Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. an künftigen Vergabeverfahren sei zugegebener Maßen eine schwerwiegende Maßnahme für potentielle Bieter bzw. Bewerber. Der Auftraggeber sehe sich jedoch aufgrund der vorgefallenen Probleme gezwungen, als ordentlicher Unternehmer Maßnahmen zu ergreifen, um schwere Nachteile für sich hintanzuhalten und Maßnahmen zur Abwehr von Haftungen aufgrund möglicher Fehlerauswirkungen zu ergreifen. Der Auftraggeber sei zur ordnungsgemäßen und dem Stand der Technik entsprechenden Leistungserbringung gegenüber dem Eigentümer verpflichtet und als Straßenerhalter auch gegenüber den Verkehrsteilnehmern für eine gefahrlose Benützung des Streckennetzes verantwortlich. Der Nachprüfungsantrag sei daher ab- bzw zurückzuweisen.

In einer Stellungnahme vom 6. April 2007 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass das Bundesvergabegesetz nicht expressis verbis normiere, was unter einer nachweislichen Feststellung iSd § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG zu verstehen sei. Die Regierungsvorlage und die dazu ergangenen Materialien würden jedoch Aufklärung darüber geben, welche

Kriterien an Nachweise zu stellen seien. Aus der systematischen Interpretation des § 68 BVergG mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des § 70 ergebe sich, dass das Gesetz an die Nachweise strenge Kriterien bezüglich deren Objektivierbarkeit lege. Der Nachweis müsse daher objektiven Kriterien genügen und damit jenen Formen des Nachweises des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gleich zu halten sein, die in den anderen Tatbeständen des § 68 BVergG geregelt seien. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes, in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liege, als schwere Verfehlung werte, stelle keinen - objektiven Kriterien genügenden - Nachweis dar. Erst künftig gerichtlich zu klärende Umstände würden den geforderten Kriterien eines Nachweises nicht entsprechen. In einer Stellungnahme vom 6. April 2007 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass das Bundesvergabegesetz nicht expressis verbis normiere, was unter einer nachweislichen Feststellung iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zu verstehen sei. Die Regierungsvorlage und die dazu ergangenen Materialien würden jedoch Aufklärung darüber geben, welche Kriterien an Nachweise zu stellen seien. Aus der systematischen Interpretation des Paragraph 68, BVergG mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des Paragraph 70, ergebe sich, dass das Gesetz an die Nachweise strenge Kriterien bezüglich deren Objektivierbarkeit lege. Der Nachweis müsse daher objektiven Kriterien genügen und damit jenen Formen des Nachweises des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gleich zu halten sein, die in den anderen Tatbeständen des Paragraph 68, BVergG geregelt seien. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes, in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liege, als schwere Verfehlung werte, stelle keinen - objektiven Kriterien genügenden - Nachweis dar. Erst künftig gerichtlich zu klärende Umstände würden den geforderten Kriterien eines Nachweises nicht entsprechen.

Der Vorwurf des Auftraggebers von Verfehlungen der Antragstellerin in einem früheren Auftragsverhältnis sei unrichtig. Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang auch, dass beim Bezirksgericht Spittal a. d. Drau ein Beweissicherungsverfahren anhängig sei, welches gegen insgesamt 4 Antragsgegner gerichtet sei. Dieser Umstand zeige, dass noch nicht geklärt sei, ob bzw. wem allenfalls ein Fehlverhalten zur Last zu legen sei. Eine Klärung der Verschuldensfrage oder eines zu vertretenden Fehlverhaltens erfolge in einem Beweissicherungsverfahren nicht. Es sei derzeit also nicht nachweislich geklärt, ob bzw. wem ein Fehlverhalten zur Last falle. Damit sei der Nachweis einer schweren Verfehlung im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG nicht erbracht. Der Vorwurf des Auftraggebers von Verfehlungen der Antragstellerin in einem früheren Auftragsverhältnis sei unrichtig. Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang auch, dass beim Bezirksgericht Spittal a. d. Drau ein Beweissicherungsverfahren anhängig sei, welches gegen insgesamt 4 Antragsgegner gerichtet sei. Dieser Umstand zeige, dass noch nicht geklärt sei, ob bzw. wem allenfalls ein Fehlverhalten zur Last zu legen sei. Eine Klärung der Verschuldensfrage oder eines zu vertretenden Fehlverhaltens erfolge in einem Beweissicherungsverfahren nicht. Es sei derzeit also nicht nachweislich geklärt, ob bzw. wem ein Fehlverhalten zur Last falle. Damit sei der Nachweis einer schweren Verfehlung im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nicht erbracht.

Die als gutachterliche Stellungnahme bezeichnete schriftliche Ausführung von E*** vom 31.1.2007 liege bislang lediglich in Entwurfsform vor. Dies habe eine Anfrage des F*** bei E*** ergeben. Dem Sachverständigen würden noch entsprechende Unterlagen bzw. ergänzende Informationen fehlen. Es handle sich also um einen völlig unverbindlichen Entwurf, welcher vom Auftraggeber privat in Auftrag gegeben worden sei. Der gesetzlich geforderte Nachweis einer schweren Verfehlung könne damit nicht erbracht werden.

Der Sachverständige erwähne weiters, dass die gegenständliche Beurteilung auf einem Stand vom 24. Jänner 2007 beruhe. Weitere Unterlagen seien dem Gutachter noch nicht zugänglich gewesen. Die gutachterliche Stellungnahme sei daher mit Unsicherheiten behaftet und gehe über bloße Mutmaßungen ohne Kenntnis der gesamten Sachlage bzw. der Unterlagen, nicht hinaus.

Weiters sei festzuhalten, dass der Sachverständige wiederholt ausführe, dass eine Verantwortlichkeit des Prüfers (der Antragstellerin) wenn überhaupt, nur in abgeschwächter Form, zu erheben sei. Eine Verantwortlichkeit der Antragstellerin sei daher lediglich theoretisch denkbar, einen Nachweis schaffe der Entwurf der gutachterlichen Stellungnahme aber nicht; schon gar nicht den Nachweis einer schweren Verfehlung.

Der Auftraggeber habe trotz der "Vorkommnisse" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 und des Entwurfes der gutachterlichen Stellungnahme des Sachverständigen E*** wiederholt Aufträge an die C*** bzw. an Bietergemeinschaften, an welchen die C*** beteiligt gewesen sei, erteilt. Dies entgegen der geäußerten, aber nicht

haltbaren Behauptung der mangelnden beruflichen Zuverlässigkeit der C***. Der Auftrag A1 Westautobahn/statisch-konstruktive Bearbeitung für Sanierung bzw. Umbau des Brückenobjektes S125 "Aurachbrücke"/Vergabe/statisch-konstruktive Bearbeitung sei praktisch ident mit jener der Brücke L40. Dies noch mit einem wesentlichen verantwortungsvolleren Leistungsumfang, nämlich der Planung selbst. Der Auftraggeber verneine offensichtlich nach Lust und Laune, je nach Bedarf, einmal die berufliche Zuverlässigkeit annehmen, das andere Mal, diese absprechen zu können.

Zusammenfassend zeige sich, dass die berufliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt in Frage zu stellen gewesen sei und somit keine hinreichenden Gründe vorliegen würden, welche die Nicht-Zulassung des Teilnahmeantrages der Antragstellerin gerechtfertigt hätten. Die Entscheidung des Auftraggebers sei somit rechtswidrig.

In einer Mitteilung der Antragstellerin vom 13.4.2007 wurde vorgebracht, dass ihr zur Kenntnis gelangt sei, dass der Auftraggeber im März 2007 die Technische Planung für die Planungsphase VP für den Teilbereich AST Karnburg bis AST St. Veit Nord neuerlich - und sohin parallel - zum gegenständlichen Verfahren ausgeschrieben habe. Der Teilbereich AST Karnburg bis AST St. Veit Nord sei eine Teilstrecke des gegenständlichen Verfahrens TA 3: Mölbling – Klagenfurt Nord. Dieses Verfahren sei jedoch mittels Bescheides ausgesetzt worden. Eine Ausschreibung der gleichen Leistung für einen identen Teilbereich sei daher rechtswidrig und unzulässig.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 27.4.2007 hat der Vertreter des Auftraggebers, Herr G*** ergänzend vorgebracht, dass der Teilabschnitt 2 (TA2) der S37, Friesach Nord – Mölbling, ebenfalls Gegenstand einer Ausschreibung durch die ASFINAG gewesen sei. Die Antragstellerin habe sich auch an diesem Vergabeverfahren beteiligt, sei allerdings nicht Bestbieterin gewesen. Die Auftragserteilung in diesem Verfahren sei am 21.3.2007 erfolgt.

Über Befragen erklärte G***, dass es richtig sei, dass der Abschnitt AST St. Veit Nord bis AST Karnburg, welche eine Teilstrecke der ausgeschriebenen TA 3 darstelle, unmittelbar nach Stellen des Nachprüfungsantrages zu GZ N/0024-BVA/15/2007, neu ausgeschrieben worden sei; dies aus innerbetrieblichen Gründen. Einerseits zur Aufrechterhaltung der notwendigen Betriebseinrichtungen und andererseits aufgrund der Fußball-EM 2008, wonach aufgrund der Weisung des Eigentümers und des ASFINAG-Vorstandes nur eingeschränkte Baumaßnahmen im ASFINAG- Straßennetz zulässig seien. Der Abschnitt St. Veit – Karnburg sei zentral und prioritär, da hier mit dem größten Verkehrsaufkommen zu rechnen sei.

G*** erklärte weiters, dass beabsichtigt sei, das Leistungsbild für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens TA 3 Mölbling – Klagenfurt Nord um die nunmehr ausgeschriebene Teilleistung AST St. Veit Nord – AST Karnburg zu reduzieren. Es sei beabsichtigt, den Auftrag zu TA 3 nicht in der ausgeschriebenen Form zu vergeben, sondern um den Abschnitt St. Veit Nord – Karnburg reduziert zu vergeben. In der ersten Stufe des Verfahrens sei das Leistungsbild noch nicht so weit konkretisiert, dass der Auftraggeber – bei Eintritt gewisser Umstände – den ursprünglich vorgesehenen Leistungsumfang nicht entsprechend reduzieren könnte.

Die Sanierung des Objektes L40 bei der A 10 durch D*** als Planer bzw C*** als Prüfenieurbüro, sei im Sommer 2006 beendet gewesen. Vom 16.10.2006 bis 15.12.2006 sei das Objekt L40 in beiden Fahrtrichtungen gesperrt worden; dies als Vorsichtsmaßnahme. Im Zeitraum nach dem 16.10.2006 seien von der ASFINAG einige externe Konsulenten beauftragt worden, um die möglichen Ursachen und möglichen Schäden am Tragwerk des Objektes L40 zu untersuchen. Einer dieser Konsulenten sei E***, TU Graz, gewesen. Dieser sei von der ASFINAG am 17.10.2006 mündlich mit der Untersuchung beauftragt worden; schriftlich sei dieser Auftrag am 2.11.2006 erteilt worden. Gegenstand der Beauftragung an E*** sei neben der Suche möglicher Ursachen und möglicher Schäden am Tragwerk auch die Darlegung der Verantwortlichkeiten im Rahmen der Ursachenforschung gewesen.

Ein erster Zwischenbericht von E*** sei dem Auftraggeber am 2.11.2006 vorgelegt worden. Dabei sei es noch nicht um Ursachenforschung und mögliche Verantwortlichkeiten gegangen. Seines Wissens nach habe es keinen offiziellen zweiten Zwischenbericht gegeben, jedoch laufende Berichterstattungen durch E*** im Rahmen der Partnerschaftssitzungen und der technischen Sitzungen, an denen auch C*** teilgenommen habe.

Über Befragen erklärte G*** weiters, dass die "inoffiziellen" Ergebnisse der Berichte von E*** in den technischen Sitzungen und in den Partnerschaftssitzungen den Auftraggeber dazu veranlasst hätten, der C*** am 16.1.2007 schriftlich mitzuteilen, dass beabsichtigt sei, diese wegen vermuteten Fehlens der allgemeinen beruflichen

Zuverlässigkeit von zukünftigen Vergabeverfahren auszuschließen.

G*** gab weiters an, dass die gutachterliche Stellungnahme des E*** vom 31.1.2007 noch nicht das endgültige Gutachten darstelle. Diese werde voraussichtlich Ende Mai/ Anfang Juni 2007 vorliegen. Dies habe ihm E*** am 26.4.2007 telefonisch mitgeteilt. Dem Auftraggeber sei eine – wie von der Antragstellerin vorgebrachte – mögliche "Relativierung" der Aussagen in der gutachterlichen Stellungnahme des E*** nicht bekannt. Eine solche liege auch in schriftlicher Form nicht vor.

Über Befragen, wie sich der Auftraggeber eine Aufklärung zur beruflichen Zuverlässigkeit (Anm: Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007) seitens der Antragstellerin vorgestellt habe, erklärt G***, dass die Antragstellerin hier auf die "Hinweise" in der gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2007 eingehen oder Angaben iSd "Wiener Modells" machen hätte können. G*** musste in der Folge allerdings zugestehen, dass eine Anfrage der Antragstellerin 19.1.2007, worin das "Wiener Modell" konkret bestehe, seitens des Auftraggebers nicht offiziell beantwortet worden sei. Über Befragen, wie sich der Auftraggeber eine Aufklärung zur beruflichen Zuverlässigkeit Anmerkung, Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007) seitens der Antragstellerin vorgestellt habe, erklärt G***, dass die Antragstellerin hier auf die "Hinweise" in der gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2007 eingehen oder Angaben iSd "Wiener Modells" machen hätte können. G*** musste in der Folge allerdings zugestehen, dass eine Anfrage der Antragstellerin 19.1.2007, worin das "Wiener Modell" konkret bestehe, seitens des Auftraggebers nicht offiziell beantwortet worden sei.

Zum Beweissicherungsantrag des Auftraggebers an das BG Spittal an der Drau erklärte G***, dass die Beweissicherung abgeschlossen sei, eine Befundaufnahme in schriftlicher Form jedoch noch nicht vorliege. Auch seien derzeit keine zivilgerichtlichen Verfahren der ASFINAG gegen C*** und auch kein strafgerichtliches Verfahren hinsichtlich C*** anhängig.

Zu weiteren Beauftragungen der C*** durch den ASFINAG-Konzern im Zeitraum nach dem 16.1.2007 konnte G*** nicht konkret Auskunft geben: "Wenn mir jedoch die drei Projekte vorgehalten werden, so erkläre ich hiezu, dass diese möglicher Weise in einem früheren Zeitraum ausgeschrieben worden sind". Allgemein merkte G*** an, dass ein Entscheidungsprozess über die Nichtzulassung eines Bieters auch einer entsprechenden internen Abstimmung bedürfe, die in Anbetracht der Größe des ASFINAG-Konzerns und der unterschiedlichen Tochtergesellschaften nicht so rasch umgesetzt und abgeschlossen werden könne.

Über Befragen des Rechtsvertreters der C***, H***, worum es sich bei dem Rundschreiben der ASFINAG Bau Management GmbH (BMG) vom 16.1.2007 handle, gibt G*** an, dass ein solches offizielles Rundschreiben nicht existiere. Dies sei C*** auch mitgeteilt worden. Es gebe jedoch eine interne Information über das Schreiben der BMG vom 16.1.2007 innerhalb des Konzerns. Das Schreiben der BMG vom 16.1.2007 an die C*** sei im ASFINAG – Konzern intern verteilt worden. Dies jedoch ohne weitere Direktiven. Es gebe jedoch interne Mitteilungen, dass vor möglichen Beauftragungen der C*** und der D*** die Rechtsabteilung der ASFINAG zu konsultieren sei. Eine interne Weisung, die C*** von zukünftigen Vergabeverfahren auszuschließen, gebe es jedoch nicht. Es gebe jedoch einen Hinweis von ihm (Anm.: G***), wie innerhalb der BMG mit möglichen Vergaben an C*** "umzugehen" sei; dies in einem E-Mail vom 15.1.2007. Gerichtet sei dieses interne E-Mail an die Rechtsabteilung der BMG und an die Vergabestellen der BMG und an alle Service GmbHs. Inhaltlich sei dieses E-Mail so zu verstehen, dass C*** bis zu einem möglichen "Freibeweis" von weiteren Vergabeverfahren der BMG auszuschließen sei. Über Befragen des Rechtsvertreters der C***, H***, worum es sich bei dem Rundschreiben der ASFINAG Bau Management GmbH (BMG) vom 16.1.2007 handle, gibt G*** an, dass ein solches offizielles Rundschreiben nicht existiere. Dies sei C*** auch mitgeteilt worden. Es gebe jedoch eine interne Information über das Schreiben der BMG vom 16.1.2007 innerhalb des Konzerns. Das Schreiben der BMG vom 16.1.2007 an die C*** sei im ASFINAG – Konzern intern verteilt worden. Dies jedoch ohne weitere Direktiven. Es gebe jedoch interne Mitteilungen, dass vor möglichen Beauftragungen der C*** und der D*** die Rechtsabteilung der ASFINAG zu konsultieren sei. Eine interne Weisung, die C*** von zukünftigen Vergabeverfahren auszuschließen, gebe es jedoch nicht. Es gebe jedoch einen Hinweis von ihm (Anmerkung, G***), wie innerhalb der BMG mit möglichen Vergaben an C*** "umzugehen" sei; dies in einem E-Mail vom 15.1.2007. Gerichtet sei dieses interne E-Mail an die Rechtsabteilung der BMG und an die Vergabestellen der BMG und an alle Service GmbHs. Inhaltlich sei dieses E-Mail so zu verstehen, dass C*** bis zu einem möglichen "Freibeweis" von weiteren Vergabeverfahren der BMG auszuschließen sei.

F***, C***, gab in der mündlichen Verhandlung an, dass sich C*** an der Ausschreibung S37, TA2, beteiligt habe, jedoch nicht Bestbieterin gewesen sei. Seines Wissens nach sei der Zuschlag bereits erteilt worden.

Weiters erläuterte F***, dass ihm der Entwurf der gutachterlichen Stellungnahme des E*** – datiert mit 31.1.2007 – nach einer Partnerschaftssitzung von D*** übermittelt worden sei. Die C*** habe sowohl vor dem 31.1.2007 als auch noch danach Kontakt mit E*** gehabt. So habe F*** Mitte Jänner 2007 einen schriftlichen Bericht an E*** geliefert. Diese Besprechungen und der erwähnte schriftliche Bericht hätten zu einer "Relativierung" der Ergebnisse der gutachterlichen Stellungnahme geführt, welche jedoch in den Entwurf vom 31.1.2007 noch keinen Eingang gefunden hätten. Der Antragstellerin sei dies jedoch aus Telefonaten mit E*** bekannt.

Was das sog. "Wiener Modell" der ASFINAG sei, sei ihm (F***) nicht bekannt. Die C*** habe mit Schreiben vom 19.1.2007 beim Auftraggeber nachgefragt, was das sog. "Wiener Modell" der ASFINAG sei, jedoch keine offizielle Antwort erhalten.

F*** hielt weiters fest, dass das Projekt S 125 Aurachbrücke A1 Westautobahn, mit dem C*** noch nach dem Schreiben des Auftraggebers vom 16.1.2007 beauftragt worden sei, inhaltlich mit dem Projekt L40 vergleichbar sei. Die C*** sei in diesem Projekt sogar Planer, nicht bloß Prüfer gewesen.

Im Rahmen der ARGE S37 – TA3, sei die A*** federführend gewesen. Diese habe ihm (F***) auch das Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 (Anm: Schreiben betreffend Aufklärung) übergeben und F*** ermächtigt, dieses Schreiben für die ARGE zu beantworten. H*** beruft sich diesbezüglich auf die erteilte Vollmacht für das Antwortschreiben vom 28.2.2007. Im Rahmen der ARGE S37 – TA3, sei die A*** federführend gewesen. Diese habe ihm (F***) auch das Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 (Anmerkung, Schreiben betreffend Aufklärung) übergeben und F*** ermächtigt, dieses Schreiben für die ARGE zu beantworten. H*** beruft sich diesbezüglich auf die erteilte Vollmacht für das Antwortschreiben vom 28.2.2007.

Aufgrund der Vorbringen der Antragstellerin, des Auftraggebers, dem Inhalt der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2007, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), die die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd (SGS) unumschränkt bevollmächtigt und beauftragt hat, das gegenständliche Vorhaben bis zur Schlussfeststellung in deren "Vollmachtsnamen" abzuwickeln.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, der in einem zweistufigen nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das Verfahren wurde am 20.12.2006, ZI 2006/S 242-259377 EU-weit, und am 18.12.2006 im Amtsblatt der Wr. Zeitung zu Nr. L-317219- 6c14, bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Auskunft des Auftraggebers EUR XXX netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die Teilnahmeanträge waren bis 18.1.2007 abzugeben. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG, der in einem zweistufigen nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Das Verfahren wurde am 20.12.2006, ZI 2006/S 242-259377 EU-weit, und am 18.12.2006 im Amtsblatt der Wr. Zeitung zu Nr. L-317219- 6c14, bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Auskunft des Auftraggebers EUR römisch 30 netto, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die Teilnahmeanträge waren bis 18.1.2007 abzugeben.

Mit Schreiben der ASFINAG Bau Management GmbH vom 16.1.2007 wurde der C*** folgendes mitgeteilt: Im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, Generalsanierung Trebesing, aufgetretenen Probleme, müssen wir Ihnen mitteilen, dass beabsichtigt ist, Sie von künftigen Vergabeverfahren im Bereich unserer Gesellschaft wegen vermutetem Fehlen der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit im Sinne des § 72 in Verbindung mit § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 auszuschließen. Unserer Ansicht nach ist Ihrerseits ein Verschulden der beim vorgenannten Projekt eingetretenen Schäden gegeben, da Sie als von der ASFINAG beauftragtes Prüfüngenieurbüro unter anderem die Planungsleistungen auf Durchführbarkeit hätten überprüfen müssen. In diesem Zusammenhang hätte Ihnen auffallen müssen, dass – wie von Hr. E*** von der TU Graz festgestellt – das Sanierungskonzept verfehlt ist und ferner weitere Fehler in der statischen Berechnung und Planung, vorgenommen durch das Büro D***, gesetzt wurden. [.....]. Es wird Ihnen hiermit die Möglichkeit eingeräumt, eine begründete Stellungnahme zur Darlegung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit abzugeben. Sie können Ihre allgemeine berufliche Zuverlässigkeit, insbes. auf Grund der aus unserer Sicht derzeit gegebenen Ausschlussgründe gemäß § 86

Abs 1 Z 5 BVergG 2006 (Anm: gemeint wohl § 68 Abs 1 Z 5 BVergG) durch Schadenwiedergutmachung bzw Erklärung Ihrerseits im Sinne des im ASFINAG-Konzern angewandten "Wiener-Modells" wieder herstellen. Mit Schreiben der ASFINAG Bau Management GmbH vom 16.1.2007 wurde der C*** folgendes mitgeteilt: Im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, Generalsanierung Trebesing, aufgetretenen Probleme, müssen wir Ihnen mitteilen, dass beabsichtigt ist, Sie von künftigen Vergabeverfahren im Bereich unserer Gesellschaft wegen vermutetem Fehlen der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit im Sinne des Paragraph 72, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 auszuschließen. Unserer Ansicht nach ist Ihrerseits ein Verschulden der beim vorgenannten Projekt eingetretenen Schäden gegeben, da Sie als von der ASFINAG beauftragtes Prüfüngenieurbüro unter anderem die Planungsleistungen auf Durchführbarkeit hätten überprüfen müssen. In diesem Zusammenhang hätte Ihnen auffallen müssen, dass – wie von Hr. E*** von der TU Graz festgestellt – das Sanierungskonzept verfehlt ist und ferner weitere Fehler in der statischen Berechnung und Planung, vorgenommen durch das Büro D***, gesetzt wurden. [.....]. Es wird Ihnen hiermit die Möglichkeit eingeräumt, eine begründete Stellungnahme zur Darlegung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit abzugeben. Sie können Ihre allgemeine berufliche Zuverlässigkeit, insbes. auf Grund der aus unserer Sicht derzeit gegebenen Ausschlussgründe gemäß Paragraph 86, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 Anmerkung, gemeint wohl Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG) durch Schadenwiedergutmachung bzw Erklärung Ihrerseits im Sinne des im ASFINAG-Konzern angewandten "Wiener-Modells" wieder herstellen.

Diesem Schreiben der ASFINAG Bau Management GmbH (BMG) vom 16.1.2007, liegt ein ASFINAG-internes E-Mail von G*** vom 15.1.2007 zugrunde. In diesem internen E-Mail, gerichtet an die Rechtsabteilung der BMG, an die Vergabestellen der BMG und an alle Service-GmbHs, wird mitgeteilt, dass vor möglichen (weiteren) Beauftragungen der C*** bzw des Büros D*** die Rechtsabteilung der ASFINAG zu konsultieren sei. Das Schreiben der BMG vom 16.1.2007 ist auch intern im ASFINAG-Konzern verteilt worden. Inhaltlich ist diese interne Mitteilung so zu verstehen, dass die C*** und D*** bis zu einem möglichen "Freibeweis" von weiteren Vergabeverfahren der BMG auszuschließen ist (siehe die diesbezüglichen Angaben von G*** in der mündlichen Verhandlung).

In einem Schreiben der C*** vom 19.1.2007 (Anm: Dem erkennenden Senat und G*** in der mündlichen Verhandlung vorgelegt), ersuchte C*** um Mitteilung, was unter dem "Wiener Modell" zu verstehen sei. Eine offizielle Antwort seitens des Auftraggebers ist jedoch nicht erfolgt (vgl. auch die diesbezüglichen Aussagen des G*** in der mündlichen Verhandlung). In einem Schreiben der C*** vom 19.1.2007 Anmerkung, Dem erkennenden Senat und G*** in der mündlichen Verhandlung vorgelegt), ersuchte C*** um Mitteilung, was unter dem "Wiener Modell" zu verstehen sei. Eine offizielle Antwort seitens des Auftraggebers ist jedoch nicht erfolgt vergleiche auch die diesbezüglichen Aussagen des G*** in der mündlichen Verhandlung).

Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 1.2.2007 an die ARGE S37 – TA3, wurde mitgeteilt, dass im Zuge der Prüfung der Eignungskriterien festgestellt wurde, dass im Teilnahmeantrag für das Unternehmen C*** der Nachweis, dass kein Konkursverfahren oder gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, fehlen würde. Die angeführten Unterlagen sollten binnen 7 Tagen nachgereicht werden.

Mit Telefax der C*** vom selben Tag wurde diesbezüglich auf die dem Teilnahmeantrag beiliegende Bestätigung der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg verwiesen. In diesem Schreiben der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Oberösterreich und Salzburg, datiert mit 6.11.2006, wurde u.a. bestätigt, dass gegen die Gesellschaft kein Insolvenzverfahren anhängig noch mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen worden ist.

Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 22.2.2007 an die ARGE S37 – TA3 wurde mitgeteilt, dass von der ASFINAG Bau Management GmbH ein Rundschreiben ausgegeben wurde, dass aufgrund der Vorkommnisse im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, Generalsanierung Trebesing, die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** nicht gegeben scheint. Wir ersuchen Sie daher innerhalb von 7 Tagen um Darlegung der getroffenen Maßnahmen, welche aus ihrer Sicht geeignet sind, Ihre allgemeine berufliche Zuverlässigkeit wieder herzustellen, ansonsten müsste Ihr Angebot (hier: Teilnahmeantrag) zu o.a. Vergabeverfahren auf Grundlage des § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden werden. Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 22.2.2007 an die ARGE S37 – TA3 wurde mitgeteilt, dass von der ASFINAG Bau Management GmbH ein Rundschreiben ausgegeben wurde, dass aufgrund der Vorkommnisse im Zusammenhang

mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, Generalsanierung Trebesing, die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens C*** nicht gegeben scheint. Wir ersuchen Sie daher innerhalb von 7 Tagen um Darlegung der getroffenen Maßnahmen, welche aus ihrer Sicht geeignet sind, Ihre allgemeine berufliche Zuverlässigkeit wieder herzustellen, ansonsten müsste Ihr Angebot (hier: Teilnahmeantrag) zu o.a. Vergabeverfahren auf Grundlage des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgeschieden werden.

In einer fristgerechten Antwort von X*** vom 28.2.2007 auf das Schreiben der ASFINAG vom 22.2.2007 wurde mitgeteilt, dass die berufliche Zuverlässigkeit der C*** gegeben und zu keinem Zeitpunkt in Zweifel zu ziehen gewesen sei. Es habe daher keiner Maßnahmen bedurft und bedürfe auch keiner Maßnahme, um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit "wieder herzustellen". § 68 Abs 1 BVergG normiere, unter welchen Prämissen Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen seien. Keiner dieser Punkte sei gegenständlich auch nur annähernd erfüllt, weshalb ein Ausschluss ebenfalls nicht zulässig sei. Ergänzend sei noch anzumerken, dass in den §§ 72 und 73 BVergG festgelegt sei, welche Nachweise für die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit und die besondere berufliche Zuverlässigkeit seitens des Auftraggebers gefordert werden könnten. Sofern diese Nachweise in der Ausschreibung gefordert gewesen seien, seien diese auch erbracht worden. Damit sei die berufliche Zuverlässigkeit ausreichend nachgewiesen. [...] In einer fristgerechten Antwort von X*** vom 28.2.2007 auf das Schreiben der ASFINAG vom 22.2.2007 wurde mitgeteilt, dass die berufliche Zuverlässigkeit der C*** gegeben und zu keinem Zeitpunkt in Zweifel zu ziehen gewesen sei. Es habe daher keiner Maßnahmen bedurft und bedürfe auch keiner Maßnahme, um die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit "wieder herzustellen". Paragraph 68, Absatz eins, BVergG normiere, unter welchen Prämissen Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen seien. Keiner dieser Punkte sei gegenständlich auch nur annähernd erfüllt, weshalb ein Ausschluss ebenfalls nicht zulässig sei. Ergänzend sei noch anzumerken, dass in den Paragraphen 72 und 73 BVergG festgelegt sei, welche Nachweise für die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit und die besondere berufliche Zuverlässigkeit seitens des Auftraggebers gefordert werden könnten. Sofern diese Nachweise in der Ausschreibung gefordert gewesen seien, seien diese auch erbracht worden. Damit sei die berufliche Zuverlässigkeit ausreichend nachgewiesen. [...].

Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 13.3.2007 an den Rechtsvertreter der Antragstellerin wurde mitgeteilt, dass mit Schreiben vom 16.1.2007 die Antragstellerin (C***) von der ASFINAG Bau Management GmbH darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass auf Grund der Probleme beim Projekt L40 beabsichtigt sei, diese von künftigen Vergabeverfahren wegen vermuteten Fehlens der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit im Sinne des § 72 iVm § 68 Abs 1 Z 5 BVergG auszuschließen. Auf das Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 22.2.2007 an die Bietergemeinschaft ARGE S37-TA3 sei seitens der ARGE bis dato keine Stellungnahme eingelangt. Fristgerecht eingelangt sei lediglich ein Schreiben der Kanzlei X*** vom 28.2.2007. Formal betrachtet sei daher die ARGE ihrer Aufklärungsverpflichtung nicht nachgekommen. Weiters wurde mitgeteilt, dass der Auftraggeber die Rechtsansicht des Rechtsvertreters der Antragstellerin nicht teile und daher die ARGE S37-TA3 von weiteren Vergabeverfahren betreffend die S37 ausschließen bzw. ein allfälliges Angebot im Sinne des § 129 Abs Z 1 2. Fall BVergG ausscheiden werde. Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 13.3.2007 an den Rechtsvertreter der Antragstellerin wurde mitgeteilt, dass mit Schreiben vom 16.1.2007 die Antragstellerin (C***) von der ASFINAG Bau Management GmbH darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass auf Grund der Probleme beim Projekt L40 beabsichtigt sei, diese von künftigen Vergabeverfahren wegen vermuteten Fehlens der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit im Sinne des Paragraph 72, in Verbindung mit Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG auszuschließen. Auf das Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 22.2.2007 an die Bietergemeinschaft ARGE S37-TA3 sei seitens der ARGE bis dato keine Stellungnahme eingelangt. Fristgerecht eingelangt sei lediglich ein Schreiben der Kanzlei X*** vom 28.2.2007. Formal betrachtet sei daher die ARGE ihrer Aufklärungsverpflichtung nicht nachgekommen. Weiters wurde mitgeteilt, dass der Auftraggeber die Rechtsansicht des Rechtsvertreters der Antragstellerin nicht teile und daher die ARGE S37-TA3 von weiteren Vergabeverfahren betreffend die S37 ausschließen bzw. ein allfälliges Angebot im Sinne des Paragraph 129, Abs Ziffer eins, 2. Fall BVergG ausscheiden werde.

In einem Schreiben des Rechtsvertreters der Antragstellerin vom 15.3.2007 an die ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd wurde festgehalten, dass die rechtliche Vertretung durch ihn nicht nur für die C***, sondern für die Bietergemeinschaft ARGE S37-TA3 erfolge. Infolge dessen sei die Stellungnahme vom 28. Februar 2007 für die gesamte ARGE S37-TA3 abgegeben worden. Weiters sei darauf hinzuweisen, dass es einer Aufklärung nur dann bedürfe, wenn

es tatsächlich etwas aufzuklären gebe. Gegenständlich sei es jedoch nicht möglich, aufzuklären, wie eine berufliche Zuverlässigkeit wieder herzustellen sei, die ohnehin nicht in Zweifel zu ziehen gewesen sei. Somit seien keinerlei Maßnahmen zur Wiederherstellung einer ohnehin vorliegenden beruflichen Zuverlässigkeit gefordert gewesen und könne auch eine solche Aufklärung daher nicht gegeben werden.

Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 16.3.2007, fälschlich titulierte mit "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3: Friesach Nord - Mölbling, Technische Planung für die Planungsphase Vorprojekt, Mitteilung über die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe (Teilnahme an der 2. Stufe) im Sinne des § 103 Absatz 7 BVergG 2006 idGf", wurde der Antragstellerin die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe mitgeteilt. Begründet wurde die Nicht-Zulassung mit "Vorkommnissen" bei der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, aufgrund derer die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** nicht gegeben sei. Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd vom 16.3.2007, fälschlich titulierte mit "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Teilabschnitt 3: Friesach Nord - Mölbling, Technische Planung für die Planungsphase Vorprojekt, Mitteilung über die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe (Teilnahme an der 2. Stufe) im Sinne des Paragraph 103, Absatz 7 BVergG 2006 idGf", wurde der Antragstellerin die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe mitgeteilt. Begründet wurde die Nicht-Zulassung mit "Vorkommnissen" bei der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn, aufgrund derer die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** nicht gegeben sei.

Trotz des Schreibens der ASFINAG BMG an C*** vom 16.1.2007, dass beabsichtigt sei, diese wegen vermutetem Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit von künftigen Vergabeverfahren auszuschließen, wurden C*** in der Folge seitens der ASFINAG weitere Aufträge vergeben:

Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Nord vom 24.1.2007, gerichtet an die Bietergemeinschaft C*** und I***/J***, wurde der Auftrag A1 West Autobahn, statisch-konstruktive Bearbeitung zur Sanierung bzw Umbau des Brückenobjektes S125 "Aurachbrücke" an die obgenannte Bietergemeinschaft vergeben. Mit Schreiben der ASFINAG Verkehrstelematik GmbH vom 22.2.2007, adressiert an die Bietergemeinschaft K***/C***/L*** wurde diese mit der Ausführung des Auftrages "Steuerungsanlagen – MLA Weibern A8" Detail- und Ausschreibungsplanung der multifunktionalen Lärmschutzanlagen Weibern beauftragt.

Eine weitere Auftragserteilung an die C*** für eine bautechnische Planung erfolgte seitens der ASFINAG Verkehrstelematik mit Schreiben vom 30.3.2007.

Der Teilabschnitt 2 (TA2) der S37, betreffend den Streckenteil Friesach Nord – Mölbling, war ebenfalls Gegenstand einer Ausschreibung durch die ASFINAG. Die Antragstellerin hat sich auch an diesem Vergabeverfahren beteiligt, war allerdings nicht Bestbieterin. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin auch mitgeteilt. Die Auftragserteilung in diesem Verfahren erfolgte am 21.3.2007 (siehe hierzu die übereinstimmenden Angaben des Vertreters des Auftraggebers, G***, und des F*** in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA).

Der Abschnitt AST St. Veit Nord bis AST Karnburg, welcher eine Teilstrecke der ausgeschriebenen TA 3 darstellt, wurde unmittelbar nach Stellen des Nachprüfungsantrages zu GZ N/0024-BVA/15/2007, neu ausgeschrieben (siehe hierzu die Angaben von G*** in der mündlichen Verhandlung). Es ist beabsichtigt, das Leistungsbild für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens TA 3: Mölbling – Klagenfurt Nord um die nunmehr ausgeschriebene Teilleistung AST St. Veit Nord – AST Karnburg zu reduzieren. Es ist also beabsichtigt, den TA 3 nicht in der ausgeschriebenen Form zu vergeben, sondern um den Abschnitt St. Veit Nord – Karnburg reduziert zu vergeben.

Die Sanierung des Objektes L40 bei der A 10 durch D*** als Planer bzw C*** als Prüfeningenieurbüro, endete im Sommer 2006. Vom 16.10.2006 bis 15.12.2006 ist das Objekt L40 in beiden Fahrtrichtungen als Vorsichtsmaßnahme gesperrt worden. Im Zeitraum danach sind von der ASFINAG externe Konsulenten beauftragt worden, die möglichen Ursachen und möglichen Schäden am Tragwerk des Objektes L40 zu untersuchen. Einer dieser Konsulenten ist E***, TU Graz. Dieser ist von der ASFINAG am 17.10.2006 mündlich mit der Untersuchung beauftragt worden; schriftlich ist dieser Auftrag am 2.11.2006 erteilt worden. Gegenstand der Beauftragung an E*** ist neben der Suche möglicher Ursachen und möglicher Schäden am Tragwerk auch die Darlegung der Verantwortlichkeiten der beteiligten Unternehmer (siehe die diesbezüglichen Angaben von G*** in der mündlichen Verhandlung).

Ein erster Zwischenbericht von E*** ist dem Auftraggeber am 2.11.2006 vorgelegt worden. In diesem ist es aber nicht um mögliche Verantwortlichkeiten der Unternehmer gegangen. Es hat zwar keinen offiziellen weiteren Zwischenbericht von E*** gegeben, jedoch laufende Berichterstattungen durch diesen im Rahmen der

Partnerschaftssitzungen und der technischen Sitzungen (siehe Angaben G*** und F***).

Die gutachterliche Stellungnahme von E***, datiert mit 31.1.2007, stellt noch nicht das endgültige Gutachten dar. Dabei handelt es sich lediglich um einen Entwurf. Die endgültige gutachterliche Stellungnahme wird voraussichtlich Ende Mai/Anfang Juni 2007 vorliegen. Dies hat E*** G*** am 26.4.2007 telefonisch mitgeteilt. Eine – wie von der Antragstellerin vorgebracht - mögliche "Relativierung" der Aussagen in der gutachterlichen Stellungnahme des E*** liegt derzeit nicht vor.

Die Beweissicherung beim BG Spittal/Drau ist abgeschlossen, eine Befundaufnahme in schriftlicher Form liegt jedoch noch nicht vor. Auch sind derzeit keine zivilgerichtlichen Verfahren seitens der ASFINAG gegen C*** anhängig und auch kein strafgerichtlichen Verfahren (vgl. hiezu die schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben des Vertreters des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung). Die Beweissicherung beim BG Spittal/Drau ist abgeschlossen, eine Befundaufnahme in schriftlicher Form liegt jedoch noch nicht vor. Auch sind derzeit keine zivilgerichtlichen Verfahren seitens der ASFINAG gegen C*** anhängig und auch kein strafgerichtlichen Verfahren vergleiche hiezu die schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben des Vertreters des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung).

Der Entwurf der gutachterlichen Stellungnahme von E*** – datiert mit 31.1.2007 – ist C*** von D*** am 5.2.2007 übermittelt worden. Die C*** hatte sowohl vor dem 31.1.2007, als auch noch danach, Kontakt mit E***. So hat F*** Mitte Jänner 2007 einen schriftlichen Bericht an E*** geliefert (siehe Angaben des F*** in der mündlichen Verhandlung).

Das Verfahren befindet sich im Stadium vor Aufforderung zur Angebotslegung, also vor Einleitung der zweiten Stufe (siehe hiezu auch die Angaben des Vertreters des Auftraggebers, G***, in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA). Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5; BVA vom 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10 uvam). Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA vom 5.2.2007, N/0004-BVA/12/2007-EV5; BVA vom 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10 uvam).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG zu qualifizieren und der Kategorie 12 des Anhanges III zuzurechnen. Es handelt sich somit um eine prioritäre Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro XXX netto und liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren und der Kategorie 12 des Anhanges römisch drei zuzurechnen. Es handelt sich somit um eine prioritäre Dienstleistung. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro römisch 30 netto und liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Nachprüfung zuständig.

Der am 22.3.2007 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Er wurde auch rechtzeitig unter Einhaltung der Fristen des § 321 leg. cit. eingebracht. Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. In diesem Verfahren stellt die Nicht-Zulassung zur Teilnahme eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar (§ 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG). Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Der am 22.3.2007 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Er wurde auch rechtzeitig unter Einhaltung der Fristen des Paragraph 321, leg. cit. eingebracht. Der Auftrag soll in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

vergeben werden. In diesem Verfahren stellt die Nicht-Zulassung zur Teilnahme eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG). Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

1. 1) Ziffer eins

Zum Vorwurf der Fehlbezeichnung des betreffenden

Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber:

Im gegenständlichen Vergabeverfahren erging am 16.3.2007 die Mitteilung des Auftraggebers an die Antragstellerin betreffend deren Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Adressiert war dieses Schreiben an: Bewerbergemeinschaft A***, B*** und C***. Tituliert war das Schreiben mit: "S37 Klagenfurter Schnellstraße Teilabschnitt 3: Friesach Nord – Möbling", Technische Planung für die Planungsphase Vorprojekt, Mitteilung über die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe (Teilnahme an der 2. Stufe) im Sinne des § 103 Absatz 7 BVergG 2006 idGf". Im gegenständlichen Vergabeverfahren erging am 16.3.2007 die Mitteilung des Auftraggebers an die Antragstellerin betreffend deren Nicht-Zulassung zur Teilnahme. Adressiert war dieses Schreiben an: Bewerbergemeinschaft A***, B*** und C***. Tituliert war das Schreiben mit: "S37 Klagenfurter Schnellstraße Teilabschnitt 3: Friesach Nord – Möbling", Technische Planung für die Planungsphase Vorprojekt, Mitteilung über die Nicht-Zulassung zur Angebotsabgabe (Teilnahme an der 2. Stufe) im Sinne des Paragraph 103, Absatz 7 BVergG 2006 idGf".

Hiebei handelt es sich insofern um eine Fehlbezeichnung, als der dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zugrunde liegende Teilabschnitt 3 (TA3) den Streckenteil: "Möbling - Klagenfurt Nord" betrifft. Die im Schreiben vom 16.3.2007 angeführte Teilstrecke: Friesach Nord – Möbling betrifft den Teilabschnitt 2 (TA2). Dies ergibt sich aus der amtlichen Einschau unter www.asfinag.at und der Bestätigung von G*** in der mündlichen Verhandlung vor dem BVA.

Es ist daher zu klären, ob diese Fehlbezeichnung beachtlich oder unbeachtlich ist. Sofern die Fehlbezeichnung beachtlich sein sollte, beträfe die Mitteilung des Auftraggebers vom 16.3.2007 ein anderes Vergabeverfahren, also ev einen TA 2 der S37. In diesem Fall gäbe es zu TA 3, der von der Antragstellerin angefochten wurde, gar keine anfechtbare Auftraggeberentscheidung, sodass der Antrag der Antragstellerin ins Leere ginge.

Nach den übereinstimmenden Angaben von G*** und F*** in der mündlichen Verhandlung, wurde der TA2 Friesach Nord – Möbling ebenfalls ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich auch an dieser Ausschreibung beteiligt. Da sie jedoch nicht als Bestbieterin ermittelt wurde, lautete die Zuschlagsentscheidung – welche der Antragstellerin auch zugestellt wurde - auf einen anderen Unternehmer (vgl die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben von G*** und F*** in der mündlichen Verhandlung). Nach Angaben von G*** erfolgte die Auftragserteilung in diesem Verfahren (Anm.: TA2) am 21.3.2007. Da die Zuschlagsentscheidung im Verfahren betreffend den TA2 somit jedenfalls vor dem 16.3.2007 ergangen sein muss, musste der Antragstellerin bewusst sein (und war dieser auch bewusst), dass das Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 an sie (Anm.: C***) unzweifelhaft das von der Antragstellerin angefochtene Verfahren hinsichtlich des TA3, betrifft. Die Antragstellerin kann sich also nicht glaubhaft darauf berufen, dass sich das Schreiben vom 16.3.2007 nicht auf das gegenständliche – und von der Antragstellerin auch bekämpfte - Vergabeverfahren hinsichtlich des TA 3, sondern auf das Verfahren betreffend TA 2 beziehen würde. Es ist also davon auszugehen, dass dem Auftraggeber im Schreiben vom 16.3.2007 lediglich ein Irrtum in der Bezeichnung der Teilstrecke unterlaufen ist, welche jedoch nach dem oben Gesagten nach dem Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" unbeachtlich ist. Die vom Auftraggeber am 16.3.2007 mitgeteilte Entscheidung der Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme betrifft also unzweifelhaft das Vergabeverfahren des TA3, und nicht jenes betreffend TA2. Nach den übereinstimmenden Angaben von G*** und F*** in der mündlichen Verhandlung, wurde der TA2 Friesach Nord – Möbling ebenfalls ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat sich auch an dieser Ausschreibung beteiligt. Da sie jedoch nicht als Bestbieterin ermittelt wurde, lautete die Zuschlagsentscheidung – welche der Antragstellerin auch zugestellt wurde - auf einen anderen Unternehmer (vergleiche die diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben von G*** und F*** in der mündlichen Verhandlung). Nach Angaben von G*** erfolgte die Auftragserteilung in diesem Verfahren (Anmerkung, TA2) am 21.3.2007. Da die Zuschlagsentscheidung im Verfahren betreffend den TA2 somit jedenfalls vor dem 16.3.2007 ergangen sein muss, musste der Antragstellerin bewusst sein (und war dieser auch bewusst), dass das Schreiben des Auftraggebers vom 16.3.2007 an sie (Anmerkung, C***) unzweifelhaft das von der

Antragstellerin angefochtene Verfahren hinsichtlich des TA3, betrifft. Die Antragstellerin kann sich also nicht glaubhaft darauf berufen, dass sich das Schreiben vom 16.3.2007 nicht auf das gegenständliche – und von der Antragstellerin auch bekämpfte - Vergabeverfahren hinsichtlich des TA 3, sondern auf das Verfahren betreffend TA 2 beziehen würde. Es ist also davon auszugehen, dass dem Auftraggeber im Schreiben vom 16.3.2007 lediglich ein Irrtum in der Bezeichnung der Teilstrecke unterlaufen ist, welche jedoch nach dem oben Gesagten nach dem Grundsatz "falsa demonstratio non nocet" unbeachtlich ist. Die vom Auftraggeber am 16.3.2007 mitgeteilte Entscheidung der Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme betrifft also unzweifelhaft das Vergabeverfahren des TA3, und nicht jenes betreffend TA2.

1. 2)Ziffer 2

Zur (Un-)Beachtlichkeit der Parallelausschreibung der Teilstrecke: AST Karnburg – AST St. Veit Nord für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren:

Der Auftraggeber hat, trotz aufrechter Ausschreibung betreffend den TA3 "Mölbling – Klagenfurt Nord", nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0024-BVA/15/2007 (Anm.: 22.3.2007), den Streckenteil "AST Karnburg – AST St. Veit Nord" erneut ausgeschrieben (vgl die diesbezüglichen Angaben des G*** in der mündlichen Verhandlung). Der Streckenteil AST Karnburg – AST St. Veit Nord umfasst eine Teilstrecke der Ausschreibung betreffend den TA3 (vgl die diesbezüglichen Angaben des G*** in der mündlichen Verhandlung; sowie amtliche Einschau unter www.asfinag.at). Die Antragstellerin hat die Behörde mit Schriftsatz vom 13.4.2007 auf diese Tatsache hingewiesen und eine amtswegige Untersagung dieser Vorgangsweise angeregt. Des Weiteren wurde beantragt, "der Antragsgegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens für den Bereich Anschlussstelle Karnburg bis Anschlussstelle St. Veit Nord vom März 2007 zu untersagen und das diesbezügliche Vergabeverfahren auszusetzen". Dieser Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin jedoch mit Schriftsatz vom 17.4.2007 zurückgezogen. Da somit kein (aufrechter) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Bereich: AST Karnburg – AST St. Veit Nord, Technische Planung für die Planungsphase VP", vorliegt, war es der Behörde verwehrt, diesbezüglich eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Ein amtswegiges Vorgehen seitens des BVA ist im BVergG nicht vorgesehen. Das parallel ausgeschriebene Verfahren Anschlussstelle Karnburg bis Anschlussstelle St. Veit Nord hat somit keinen Einfluss auf das – nicht widerrufen und auch weiterhin angefochtene - Verfahren TA3 "Mölbling – Klagenfurt Nord". Der Auftraggeber hat, trotz aufrechter Ausschreibung betreffend den TA3 "Mölbling – Klagenfurt Nord", nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu GZ N/0024-BVA/15/2007 Anmerkung, 22.3.2007), den Streckenteil "AST Karnburg – AST St. Veit Nord" erneut ausgeschrieben vergleiche die diesbezüglichen Angaben des G*** in der mündlichen Verhandlung). Der Streckenteil AST Karnburg – AST St. Veit Nord umfasst eine Teilstrecke der Ausschreibung betreffend den TA3 vergleiche die diesbezüglichen Angaben des G*** in der mündlichen Verhandlung; sowie amtliche Einschau unter www.asfinag.at). Die Antragstellerin hat die Behörde mit Schriftsatz vom 13.4.2007 auf diese Tatsache hingewiesen und eine amtswegige Untersagung dieser Vorgangsweise angeregt. Des Weiteren wurde beantragt, "der Antragsgegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens für den Bereich Anschlussstelle Karnburg bis Anschlussstelle St. Veit Nord vom März 2007 zu untersagen und das diesbezügliche Vergabeverfahren auszusetzen". Dieser Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin jedoch mit Schriftsatz vom 17.4.2007 zurückgezogen. Da somit kein (aufrechter) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "S37 Klagenfurter Schnellstraße, Bereich: AST Karnburg – AST St. Veit Nord, Technische Planung für die Planungsphase VP", vorliegt, war es der Behörde verwehrt, diesbezüglich eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Ein amtswegiges Vorgehen seitens des BVA ist im BVergG nicht vorgesehen. Das parallel ausgeschriebene Verfahren Anschlussstelle Karnburg bis Anschlussstelle St. Veit Nord hat somit keinen Einfluss auf das – nicht widerrufen und auch weiterhin angefochtene - Verfahren TA3 "Mölbling – Klagenfurt Nord".

1. 3)Ziffer 3

Zum Vorwurf der angeblich vom Auftraggeber nachweislich festgestellten schweren beruflichen Verfehlung der C***:

Gemäß § 68 Abs 1 Z 5 BVergG, hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich

festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, hat der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

Um beurteilen zu können, ob die der Antragstellerin vom Auftraggeber mit Schreiben vom 16.3.2007 mitgeteilte Nicht-Zulassung zur Teilnahme (Ausschluss vom Vergabeverfahren) rechtswidrig war oder nicht, ist von der Behörde zu klären, ob die Antragstellerin im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

§ 68 Abs 1 Z 5 BVergG umschreibt einen Bereich der beruflichen Unzuverlässigkeit, der - im Gegensatz zu Z 4 leg.cit. - nicht von einem rechtskräftigen Urteil abhängig ist, sondern - weniger streng - von einer "Nachweislichkeit" der schweren Verfehlung. Die Beweislast für das Vorliegen einer schweren Verfehlung trifft den Auftraggeber (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG 2002, Rz 32). Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG umschreibt einen Bereich der beruflichen Unzuverlässigkeit, der - im Gegensatz zu Ziffer 4, leg.cit. - nicht von einem rechtskräftigen Urteil abhängig ist, sondern - weniger streng - von einer "Nachweislichkeit" der schweren Verfehlung. Die Beweislast für das Vorliegen einer schweren Verfehlung trifft den Auftraggeber vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, Rz 32).

Es obliegt somit dem Auftraggeber, nachzuweisen, dass eine schwere berufliche Verfehlung vorliegt, die den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigt. Wie dieser Nachweis durch den Auftraggeber zu erfolgen hat, regelt das BVergG nicht (vgl auch Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 306). Dem Gesetzeswortlaut des § 68 Abs 1 Z 5 BVergG ist nicht explizit zu entnehmen, wie der Nachweis einer beruflichen Verfehlung iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG zu erfolgen hat bzw was unter einer nachweislichen Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung zu verstehen ist. Daher ist der Wille des Gesetzgebers anhand der Erläuterungen zu erforschen. Nach den Materialien zum BVergG 2006, 1171 der Beilagen XXII GP, Regierungsvorlage, ergibt sich aus der systematischen Interpretation mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des § 70, dass das Gesetz an diesen Nachweis strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit legt. Der Nachweis muss daher objektiven Kriterien genügen und damit jenen Formen des Nachweises des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gleich zu halten sein, die in den anderen Tatbeständen des § 68 geregelt sind. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liegt, als schwere Verfehlung wertet, stellt keinen objektiven Kriterien genügenden Nachweis dar. Die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber gründet, müssen wesentlich von objektiv vorliegenden und nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegender und bedürftiger Umstände abhängen. Es obliegt somit dem Auftraggeber, nachzuweisen, dass eine schwere berufliche Verfehlung vorliegt, die den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigt. Wie dieser Nachweis durch den Auftraggeber zu erfolgen hat, regelt das BVergG nicht vergleiche auch Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seite 306). Dem Gesetzeswortlaut des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG ist nicht explizit zu entnehmen, wie der Nachweis einer beruflichen Verfehlung iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zu erfolgen hat bzw was unter einer nachweislichen Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung zu verstehen ist. Daher ist der Wille des Gesetzgebers anhand der Erläuterungen zu erforschen. Nach den Materialien zum BVergG 2006, 1171 der Beilagen römisch 22 GP, Regierungsvorlage, ergibt sich aus der systematischen Interpretation mit den weiteren Ausschlussstatbeständen sowie den Regelungen des Paragraph 70,, dass das Gesetz an diesen Nachweis strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit legt. Der Nachweis muss daher objektiven Kriterien genügen und damit jenen Formen des Nachweises des Vorliegens eines Ausschlussgrundes gleich zu halten sein, die in den anderen Tatbeständen des Paragraph 68, geregelt sind. Die Tatsache, dass der Auftraggeber ein bestimmtes in einem früheren Auftragsverhältnis gesetztes Verhalten des Bewerbers, über dessen Bewertung er gerade mit dem Bewerber im Rechtsstreit liegt, als schwere Verfehlung wertet, stellt keinen objektiven Kriterien genügenden Nachweis dar. Die Umstände, auf die sich der Nachweis der schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber gründet, müssen wesentlich von objektiv vorliegenden und nicht erst künftiger gerichtlicher Klärung unterliegender und bedürftiger Umstände abhängen.

Laut Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG

2002, muss der Auftraggeber in objektivierbarer und nachvollziehbarer Weise zur vollen Überzeugung von der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Unternehmers gelangt sein. Unspezifizierte Vorwürfe, ein bloßer Verdacht oder Mutmaßungen genügen nicht; auch nicht ein noch nicht rechtskräftiges Zivilgerichtsverfahren, in dem der Auftraggeber Verfehlungen behauptet (vgl. BVA 6.3.1996, N-1/96-14, N-2/96-13; B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9B-VKK 31.1.1996, S-1/96-11). Laut Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, muss der Auftraggeber in objektivierbarer und nachvollziehbarer Weise zur vollen Überzeugung von der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Unternehmers gelangt sein. Unspezifizierte Vorwürfe, ein bloßer Verdacht oder Mutmaßungen genügen nicht; auch nicht ein noch nicht rechtskräftiges Zivilgerichtsverfahren, in dem der Auftraggeber Verfehlungen behauptet vergleiche BVA 6.3.1996, N-1/96-14, N-2/96-13; B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9B-VKK 31.1.1996, S-1/96-11).

Als "nachweisliche Feststellung" einer Verfehlung wird gemäß Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 51 Rz 38, anzusehen sein: Als "nachweisliche Feststellung" einer Verfehlung wird gemäß Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 51, Rz 38, anzusehen sein:

- -Strichaufzählung
Noch nicht rechtskräftiges Urteil oder Bescheid, sowohl wenn die behördliche oder gerichtliche Erledigung das Fehlverhalten als solches zum Gegenstand hat als auch, wenn aufgrund eines behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens zu einem anderen Gegenstand ein schweres Fehlverhalten festgestellt ist oder
- -Strichaufzählung
volle Überzeugung der vergebenden Stelle von Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit aufgrund von objektiven Feststellungen anderer Stellen (zB eines Rechnungshofes oder eines Kontrollamtes), jedoch nur nach Durchführung eines Verfahrens, in dem der des Fehlverhaltens verdächtige Unternehmer zu den konkreten Vorwürfen angehört wurde;
- -Strichaufzählung
wenn das der schweren Verfehlung zugrundeliegende Verhalten unbestritten ist oder ein Geständnis in einem behördlichen Ermittlungsverfahren vorliegt.

Gegenständlich liegt aber unbestrittener Maßen weder ein Geständnis der Antragstellerin in einem behördlichen Ermittlungsverfahren vor, noch ist ein eventuelles Fehlverhalten unbestritten. Vielmehr bestreitet die Antragstellerin, im Rahmen der Sanierung des Objektes eine schwere berufliche Verfehlung begangen zu haben. Ebenso wenig kann sich im gegenständlichen Fall – wie gefordert – eine volle Überzeugung der vergebenden Stelle von der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit aufgrund von objektiven Feststellungen anderer Stellen (etwa eines Rechnungshofes oder eines Kontrollamtes) ergeben, da solche Feststellungen (siehe hierzu unten) nicht vorliegen. Auch liegen weder ein noch nicht rechtskräftiges und schon gar kein rechtskräftiges Urteil oder ein Bescheid, der das Fehlverhalten zum Gegenstand hat, vor.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin seitens des Auftraggebers iSd § 68 Abs 1 Z 5 BVergG nicht nachweislich festgestellt wurde. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin seitens des Auftraggebers iSd Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG nicht nachweislich festgestellt wurde.

Selbst wenn man – etwa wie Estermann (vgl im Einzelnen Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seiten 306 und Selbst wenn man – etwa wie Estermann vergleiche im Einzelnen Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005) Seiten 306 und

1. 307) Ziffer 307

- nicht der Auffassung beipflichtet, dass den Auftraggeber eine Nachforschungspflicht nach beruflichen Verfehlungen treffe sowie, dass die Feststellung einer beruflichen Verfehlung einen verbindlichen Ausspruch einer dafür befugten Stelle über das Vorliegen der Verfehlung (zB eine vom Arbeitsinspektorat festgestellte, wiederholte schwere Verletzung von wichtigen Arbeitnehmerschutzbestimmungen) verlangt, ergibt sich im Ergebnis keine Änderung.

Der Gesetzeswortlaut lässt auch keinen Zweifel daran, dass es jedenfalls einer nachweislichen Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung durch den Auftraggeber bedarf:

Zum Zeitpunkt der Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme (Anm: 16.3.2007) lag jedoch lediglich eine

gutachterliche Stellungnahme des E*** vom 31.1.2007 im Entwurf vor. Eine endgültige gutachterliche Stellungnahme liegt bis heute nicht vor, sondern wird erst Ende Mai/Anfang Juni 2007 vorliegen. Eine solche noch nicht endgültige gutachterliche Stellungnahme, die noch dazu vom Auftraggeber selbst in Auftrag gegeben wurde, erfüllt jedenfalls nicht die im Gesetz geforderte nachweisliche Feststellung. Zum Zeitpunkt der Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur Teilnahme Anmerkung, 16.3.2007) lag jedoch lediglich eine gutachterliche Stellungnahme des E*** vom 31.1.2007 im Entwurf vor. Eine endgültige gutachterliche Stellungnahme liegt bis heute nicht vor, sondern wird erst Ende Mai/Anfang Juni 2007 vorliegen. Eine solche noch nicht endgültige gutachterliche Stellungnahme, die noch dazu vom Auftraggeber selbst in Auftrag gegeben wurde, erfüllt jedenfalls nicht die im Gesetz geforderte nachweisliche Feststellung.

Auch eine schriftliche Befundung zu einer möglichen Verantwortlichkeit der C*** für die Schäden im Zuge der Sanierung des Objektes L40 nach Durchführung der Beweissicherung durch das BG Spittal/Drau liegt nicht vor. Ebenso hat der Auftraggeber gegen die Antragstellerin weder ein zivilgerichtliches Verfahren eingeleitet noch ist ein strafgerichtliches Verfahren gegen C*** anhängig. Für die Behörde ergibt sich aus dem Gesagten, dass der Auftraggeber eine (allfällige) schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin nicht nachweislich festgestellt hat. Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Zusammenhang auch, dass sogar der Auftraggeber in seinem Schreiben an die Antragstellerin vom 16.1.2007 nur von einem "vermuteten Fehlen" der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit spricht.

Da es aber bereits überhaupt an der nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut geforderten Voraussetzung der nachweislichen Feststellung einer Verfehlung durch den Auftraggeber mangelt, sind Überlegungen betreffend den Schweregrad einer allfälligen Verfehlung gar nicht mehr anzustellen. Es sei nur darauf hingewiesen, dass der Entwurf der gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2007 lediglich äußerst vage davon spricht, dass der Antragstellerin [...] als Prüferingenieur eine Verantwortung zufallen kann. Und weiter: Eine Verantwortlichkeit des Prüfers (Anm.: C***) ist hier im Hinblick auf den Auftragsumfang und die fehlende Einbeziehung in die Bauausführung wohl nur in abgeschwächter Form zu erheben. Da es aber bereits überhaupt an der nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut geforderten Voraussetzung der nachweislichen Feststellung einer Verfehlung durch den Auftraggeber mangelt, sind Überlegungen betreffend den Schweregrad einer allfälligen Verfehlung gar nicht mehr anzustellen. Es sei nur darauf hingewiesen, dass der Entwurf der gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2007 lediglich äußerst vage davon spricht, dass der Antragstellerin [...] als Prüferingenieur eine Verantwortung zufallen kann. Und weiter: Eine Verantwortlichkeit des Prüfers (Anmerkung, C***) ist hier im Hinblick auf den Auftragsumfang und die fehlende Einbeziehung in die Bauausführung wohl nur in abgeschwächter Form zu erheben.

Dass aus diesen – freilich nur in Entwurfsform vorliegenden – Formulierungen der gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2007 eine schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin abgeleitet werden sollte, vermag die Behörde nicht nachvollziehen.

Zum Projekt Sanierung Objekt L40:

Im Zuge der Sanierung der A10 Tauernautobahn wurden seitens der ASFINAG u.a. die Unternehmen D*** mit der Planung und die C*** als Prüferingenieurbüro beauftragt. Dieses Projekt wurde im Sommer 2006 beendet. Nach einigen "Vorkommnissen" ist das Brückenobjekt L40 in der Folge im Zeitraum vom 16.10.2006 bis 15.12.2006 aus Sicherheitsgründen gesperrt worden. Zur Erforschung der Ursachen und der Feststellung möglicher Verantwortlichkeiten für den Fehlschlag der Sanierung des Objektes L40, wurde seitens der ASFINAG am 17.10.2006 E***, TU Graz, mündlich mit der Erstellung einer gutachterlichen Stellungnahme beauftragt. Die schriftliche Beauftragung von E*** erfolgte am 2.11.2006. Ein erster schriftlicher Zwischenbericht wurde seitens E*** am 2.11.2006 vorgelegt. Dieser Zwischenbericht befasste sich – auch nach den Angaben des Auftraggebers – gar nicht mit möglichen Verantwortlichkeiten für den Schadenseintritt beim Objekt L40. Einen weiteren schriftlichen Zwischenbericht hat es in der Folge nicht gegeben. E*** hat bloß laufend in den sog. Partnerschaftssitzungen und den technischen Sitzungen, an denen auch die Antragstellerin, vertreten durch RA X***, teilgenommen hat, mündlich Bericht erstattet. Am 31.1.2007 erstattete E*** eine "gutachterliche Stellungnahme", die sich jedoch auch derzeit noch im Entwurfsstadium befindet. Dies wurde auch von G*** in der mündlichen Verhandlung vom 27.4.2007 bestätigt. Nach seinen telefonischen Rückfragen bei E*** ist mit einer endgültigen gutachterlichen Stellungnahme erst Ende Mai/Anfang Juni dieses Jahres zu rechnen (vgl. hierzu Verhandlungsschrift Seite 13). Im Zuge der Sanierung der A10 Tauernautobahn wurden seitens der ASFINAG u.a. die Unternehmen D*** mit der Planung und die C*** als Prüferingenieurbüro beauftragt. Dieses Projekt wurde im Sommer 2006 beendet. Nach einigen "Vorkommnissen" ist das Brückenobjekt L40 in der Folge im Zeitraum vom 16.10.2006 bis 15.12.2006 aus Sicherheitsgründen gesperrt worden.

Zur Erforschung der Ursachen und der Feststellung möglicher Verantwortlichkeiten für den Fehlschlag der Sanierung des Objektes L40, wurde seitens der ASFINAG am 17.10.2006 E***, TU Graz, mündlich mit der Erstellung einer gutachterlichen Stellungnahme beauftragt. Die schriftliche Beauftragung von E*** erfolgte am 2.11.2006. Ein erster schriftlicher Zwischenbericht wurde seitens E*** am 2.11.2006 vorgelegt. Dieser Zwischenbericht befasste sich – auch nach den Angaben des Auftraggebers – gar nicht mit möglichen Verantwortlichkeiten für den Schadenseintritt beim Objekt L40. Einen weiteren schriftlichen Zwischenbericht hat es in der Folge nicht gegeben. E*** hat bloß laufend in den sog. Partnerschaftssitzungen und den technischen Sitzungen, an denen auch die Antragstellerin, vertreten durch RA X***, teilgenommen hat, mündlich Bericht erstattet. Am 31.1.2007 erstattete E*** eine "gutachterliche Stellungnahme", die sich jedoch auch derzeit noch im Entwurfsstadium befindet. Dies wurde auch von G*** in der mündlichen Verhandlung vom 27.4.2007 bestätigt. Nach seinen telefonischen Rückfragen bei E*** ist mit einer endgültigen gutachterlichen Stellungnahme erst Ende Mai/Anfang Juni dieses Jahres zu rechnen vergleiche hiezu Verhandlungsschrift Seite 13).

Obwohl noch nicht einmal zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine endgültige gutachterliche Stellungnahme von E*** vorliegt, wurde der Antragstellerin mit Schreiben der ASFINAG SGS vom 16.3.2007 (bereits) die Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur Teilnahme mitgeteilt. Begründet wurde dies lapidar mit "Vorkommnissen" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40, aufgrund derer die berufliche Zuverlässigkeit der C*** nicht gegeben sein solle. Außerdem soll von C*** innerhalb der gesetzten Frist keine Aufklärung erfolgt sein.

Das Beweissicherungsverfahren beim BG Spittal/Drau, welches vom Auftraggeber eingeleitet wurde, ist beendet. Eine Befundaufnahme in schriftlicher Form liegt bis zum heutigen Tag nicht vor. Auch ist derzeit weder ein zivilgerichtliches Verfahren seitens der ASFINAG gegen C*** noch ein strafgerichtliches Verfahren gegen C*** anhängig (siehe Verhandlungsschrift Seite 13).

1. 4) Ziffer 4

Zum Vorwurf der mangelhaften Aufklärung durch die Antragstellerin:

Die Beweislast für das Vorliegen einer schweren Verfehlung trifft – wie bereits oben dargestellt – den Auftraggeber (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG 2002, Rz 32). Den Unternehmer trifft sohin keine aktive Verpflichtung, das Vorliegen seiner beruflichen Zuverlässigkeit von sich aus darzustellen. Auch die Materialien, 1171 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage, gehen davon aus, dass gemäß den EG-rechtlichen Vorgaben das Abfordern eines entsprechenden Nachweises vom Unternehmer unzulässig ist. Diesem steht jedoch in einem kontradiktorischen Verfahren eine Rechtfertigungschance – durch einen Entlastungsbeweis oder durch Besserung – zu (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG 2002, Rz 36). Die Beweislast für das Vorliegen einer schweren Verfehlung trifft – wie bereits oben dargestellt – den Auftraggeber vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, Rz 32). Den Unternehmer trifft sohin keine aktive Verpflichtung, das Vorliegen seiner beruflichen Zuverlässigkeit von sich aus darzustellen. Auch die Materialien, 1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode – Regierungsvorlage, gehen davon aus, dass gemäß den EG-rechtlichen Vorgaben das Abfordern eines entsprechenden Nachweises vom Unternehmer unzulässig ist. Diesem steht jedoch in einem kontradiktorischen Verfahren eine Rechtfertigungschance – durch einen Entlastungsbeweis oder durch Besserung – zu vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, Rz 36).

Mit Schreiben der BMG vom 16.1.2007 wurde der C*** mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, diese wegen vermuteter beruflicher Unzuverlässigkeit von künftigen Vergabeverfahren der ASFINAG auszuschließen. Die C*** wurde aufgefordert, ihre berufliche Zuverlässigkeit durch Schadenswiedergutmachung bzw durch Erklärung iSd "Wiener-Modells" wieder herstellen. Worin das "Wiener-Modell" besteht wurde der C*** – trotz deren Schreiben vom 19.1.2007 – nicht erläutert. Eine "Aufklärung" seitens C*** zum Schreiben vom 16.1.2007 sei, so der Auftraggeber, nicht erfolgt. In diesem Zusammenhang ist jedoch festzuhalten, dass das Schreiben der BMG vom 16.1.2007 nicht einmal das gegenständliche Vergabeverfahren betrifft. Die am 16.3.2007 mitgeteilte Nicht-Zulassung zur Teilnahme aufgrund mangelnder Aufklärung kann sich somit nur auf das Schreiben der BMG vom 22.2.2007 beziehen.

Mit Schreiben der ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd (SGS) vom 22.2.2007 wurde die Antragstellerin aufgefordert, binnen 7 Tagen darzulegen, welche Maßnahmen sie getroffen habe, um ihre allgemeine berufliche Zuverlässigkeit

"wieder herzustellen", ansonsten ihr Teilnahmeantrag ausgeschieden würde. Begründet wurde dies damit, dass aufgrund der "Vorkommnisse" im Zusammenhang mit der Sanierung des Objektes L40 im Bereich der A10 Tauernautobahn die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit der C*** nicht gegeben scheint.

In diesem Schreiben war weder von einer gutachterlichen Stellungnahme des E*** noch vom "Wiener-Modell" die Rede. Das Schreiben war adressiert an ARGE A*** – B*** – C***. Richtig ist, dass die A*** das federführende Unternehmen der ARGE ist. Das gegenständliche Schreiben wurde in der Folge von Herrn N*** an F*** übergeben, mit der Bitte, dieses für die ARGE zu beantworten. F*** wurde von N*** beauftragt und bevollmächtigt, das Schreiben für die ARGE zu beantworten (vgl. die diesbezüglichen unzweifelhaften und auch unwidersprochen gebliebenen Angaben des F*** in der mündlichen Verhandlung). Anzeichen für das Gegenteil – nämlich, dass C*** nicht beauftragt und bevollmächtigt gewesen sei, das Schreiben für die ARGE abzufassen, haben sich nicht ergeben. Es ist also davon auszugehen, dass das Antwortschreiben der C*** vom 28.2.2007, für die ARGE ergangen ist. Auch noch vor der Nicht-Zulassung (Anm: 16.3.2007), nämlich am 15.3.2007, hat der Rechtsvertreter der C*** dem Auftraggeber mitgeteilt, dass dieser nicht nur die C***, sondern die ARGE vertrete und folglich die Stellungnahme vom 28.2.2007 auch für die ARGE abgegeben worden sei. Eine "formale" Nichtbeantwortung des Schreibens des Auftraggebers vom 22.2.2007 – wie vom Auftraggeber vorgebracht – ist sohin nicht gegeben. In diesem Schreiben war weder von einer gutachterlichen Stellungnahme des E*** noch vom "Wiener-Modell" die Rede. Das Schreiben war adressiert an ARGE A*** – B*** – C***. Richtig ist, dass die A*** das federführende Unternehmen der ARGE ist. Das gegenständliche Schreiben wurde in der Folge von Herrn N*** an F*** übergeben, mit der Bitte, dieses für die ARGE zu beantworten. F*** wurde von N*** beauftragt und bevollmächtigt, das Schreiben für die ARGE zu beantworten vergleiche die diesbezüglichen unzweifelhaften und auch unwidersprochen gebliebenen Angaben des F*** in der mündlichen Verhandlung). Anzeichen für das Gegenteil – nämlich, dass C*** nicht beauftragt und bevollmächtigt gewesen sei, das Schreiben für die ARGE abzufassen, haben sich nicht ergeben. Es ist also davon auszugehen, dass das Antwortschreiben der C*** vom 28.2.2007, für die ARGE ergangen ist. Auch noch vor der Nicht-Zulassung Anmerkung, 16.3.2007), nämlich am 15.3.2007, hat der Rechtsvertreter der C*** dem Auftraggeber mitgeteilt, dass dieser nicht nur die C***, sondern die ARGE vertrete und folglich die Stellungnahme vom 28.2.2007 auch für die ARGE abgegeben worden sei. Eine "formale" Nichtbeantwortung des Schreibens des Auftraggebers vom 22.2.2007 – wie vom Auftraggeber vorgebracht – ist sohin nicht gegeben.

Zum Inhalt der "Aufklärung":

Mit Schreiben des Rechtsvertreters der Antragstellerin vom 28.2.2007 wurde mitgeteilt, dass die berufliche Zuverlässigkeit der C*** immer gegeben gewesen sei, auch zum jetzigen Zeitpunkt gegeben sei und es daher auch keiner Maßnahme bedürfe, diese "wieder herzustellen".

Die Aussage des G*** in der mündlichen Verhandlung, dass die Antragstellerin im Sinne einer Aufklärung auf die "Vorwürfe" in der gutachterlichen Stellungnahme vom 31.1.2007 hätte eingehen können, ist nicht nachvollziehbar. Auf diese ist im Schreiben des Auftraggebers vom 22.2.2007 weder Bezug genommen worden, noch lag diese zum damaligen Zeitpunkt (und liegt auch heute noch nicht) in endgültiger Form vor, sondern nur in Entwurfsform. Von einem Bewerber oder Bieter kann wohl nicht verlangt werden, auf eine in einem Entwurf, noch dazu äußerst vage angesprochene potentielle Verantwortlichkeit für Schäden, einzugehen, einzugehen. Auch das Vorbringen des G*** in der mündlichen Verhandlung, dass die Antragstellerin iSd "Wiener Modells" hätte vorgehen können, ist verfehlt. Wie G*** selbst zugeben musste, wurde der Antragstellerin, trotz deren schriftlicher Anfrage vom 19.1.2007, nämlich nicht einmal erläutert, worin das sog. "Wiener Modell" bestehen sole. Im Schreiben vom 22.2.2007 wurde formal nicht auf das "Wiener Modell" Bezug genommen. In Folge dessen kann der Antragstellerin auch nicht zugemutet werden, nach diesem Modell eine Aufklärung zu geben. Der Antragstellerin blieb daher nur die Möglichkeit – wie sie dies auch getan hat – festzuhalten, dass ihr die berufliche Zuverlässigkeit niemals gefehlt habe, auch derzeit nicht fehle und sie diese daher auch nicht "wieder herzustellen" brauche könne.

Die Antragstellerin hat ihrer "Aufklärungspflicht" dadurch genüge getan, dass sie den Auftraggeber dahin gehend "aufgeklärt" hat, dass sie niemals beruflich unzuverlässig gewesen sei.

Nicht zuletzt sei auch darauf hingewiesen, dass, wie sich schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt (arg. "Der Auftraggeber hat [...] von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen"), eine generelle "Auftragssperre" nicht in Betracht kommt. Der Ausschluss wirkt immer nur im einzelnen Vergabeverfahren. Auch das Gemeinschaftsrecht

kennt keine generelle Auftragssperre (vgl. Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen § 51 Z 4 BVergG 2002, Rz 8). In einem kontradiktorischen Verfahren muss jedoch dem Bewerber/Bieter immer die Möglichkeit eingeräumt werden, sich "frei zu beweisen". Nicht zuletzt sei auch darauf hingewiesen, dass, wie sich schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt (arg. "Der Auftraggeber hat [...] von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen"), eine generelle "Auftragssperre" nicht in Betracht kommt. Der Ausschluss wirkt immer nur im einzelnen Vergabeverfahren. Auch das Gemeinschaftsrecht kennt keine generelle Auftragssperre (vergleiche Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel zu dem im Wesentlichen unverändert gebliebenen Paragraph 51, Ziffer 4, BVergG 2002, Rz 8). In einem kontradiktorischen Verfahren muss jedoch dem Bewerber/Bieter immer die Möglichkeit eingeräumt werden, sich "frei zu beweisen".

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 318 Abs 1 1. Satz BVergG ist für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1, 328 Abs 1 und 331 Abs 1 und 2 BVergG vom Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, 1. Satz BVergG ist für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 BVergG vom Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 318 Abs 2 leg. cit. richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr gemäß Abs 1 nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren. Bei einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung beträgt die für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich zu entrichtende Gebühr Euro 1.600,- pro Antrag. Die Antragstellerin hat Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigklärung einer Auftraggeberentscheidung gestellt und dafür in Summe (fälschlicher Weise) Euro 10.000,- entrichtet. Nach der Rückzahlung des zuviel gezahlten Betrages durch das BVA hat die Antragstellerin insgesamt Euro 3.200,- tatsächlich entrichtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 2, leg. cit. richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr gemäß Absatz eins, nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren. Bei einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung beträgt die für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich zu entrichtende Gebühr Euro 1.600,- pro Antrag. Die Antragstellerin hat Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigklärung einer Auftraggeberentscheidung gestellt und dafür in Summe (fälschlicher Weise) Euro 10.000,- entrichtet. Nach der Rückzahlung des zuviel gezahlten Betrages durch das BVA hat die Antragstellerin insgesamt Euro 3.200,- tatsächlich entrichtet.

Gemäß § 319 Abs 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller, Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Da sowohl dem Nachprüfungsantrag als auch dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde, hat die Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer für den Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 3.200,- durch den Auftraggeber.

Schlagworte

Nicht-Zulassung zur Teilnahme; nachweisliche Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung; Beweispflicht; gutachterliche Stellungnahme im Entwurf

Dokumentnummer

VERGT_20070502_N_0024_BVA_15_2007_33_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