

TE Verg Bescheid 2007/2/20 N/0011-BVA/03/2007-EV6

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.02.2007

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z2

BVergG 2002 §9

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs1 Z1

BVergG 2006 §345 Abs2

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

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

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

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

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße Tunnelplanung in der Projektphase EP und BP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1) B*** GmbH, und 2) C*** GmbH & Co KG, alle vertreten durch X*** Rechtsanwalt, vom 13. Februar 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3, Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße Tunnelplanung in der Projektphase EP und BP" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über den Antrag der Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1) B*** GmbH, und 2) C*** GmbH & Co KG, alle vertreten durch X*** Rechtsanwalt, vom 13. Februar 2007, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, " das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag zu diesem Vergabeverfahren zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs -AG (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien,

vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 27. März 2007 untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 13.2.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D***- E*** - F*** zu Unrecht getroffen, da bei richtiger Bewertung der Referenzen zum zweiten und dritten Zuschlagskriterium der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen wäre.

Der Auftraggeber habe das gegenständliche Vergabeverfahren in Form eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und rechtzeitig ein Angebot abgegeben, welches laut Schreiben des Auftraggebers vom 31. 1. 2007, zugestellt per Fax am 1. 2. 2007, mit 90,05 Punkten an zweite Stelle gereiht worden sei. Als Bestbieter sei die Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit 91,33 Punkten ermittelt worden. Es sei jedoch davon auszugehen, dass der Auftraggeber die vom Bestbieter angeführten Referenzen zum zweiten und dritten Zuschlagskriterium unrichtig bewertet habe. Als zweites Zuschlagskriterium werde die Planung eines Tunnels mit Schildvortrieb gewertet. Auf Seite 22 der Ausschreibungsunterlagen sei bestimmt, dass für die Leistung der Ausführungsplanung ein Faktor von 0,35 gelte. Internetrecherchen zur Folge habe die ermittelte Bestbieterin zu diesem Zuschlagskriterium zu Referenzprojekt Nr.2 eine Leistung zum Tunnel "Wientalsammelkanal" angeführt. Zu diesem Projekt habe lediglich ein Mitglied der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, nämlich die Firma F***, Leistungen erbracht. Bei diesen Leistungen handle es sich um die Detailplanung Tübbingausbau inklusive Schal- und Bewehrungspläne. Dies werde von der F*** selbst so auf ihrer Homepage dargestellt und auch zugestanden. Dieser Bearbeitungsumfang entspreche jedoch nicht dem vollständigen Leistungsbild einer Ausführungsplanung, weshalb die Zuerkennung des vollen Faktors in der Höhe von 0,35 nicht gerechtfertigt sei. Der Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen nicht bestimmt, dass Teile von einzelnen Planungsphasen bewertet würden. Die Detailplanung Tübbingausbau habe höchstens ein Anteil von 20% der Ausführungsplanung, weshalb der Faktor für dieses Referenzprojekt mit null anzusetzen sei.

Sofern aber entgegen anderer Ansicht Teile von einzelnen Planungsphasen zu werten wären, sei der Leistungsanteil der Ausführungsphase mit 20% zu bewerten, also mit einem Faktor in Höhe von 20% von 0,35, somit mit Faktor 0,07. Damit sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest um 3,91 Punkte niedriger und würde demnach nur 87,92 Punkte erreichen. Da die Wertung zu diesem zweiten Zuschlagskriterium somit unrichtig sei, wäre die Antragstellerin als Bestbieterin zu bewerten.

Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin beim dritten Zuschlagskriterium "Planung eines Tunnels in offener Bauweise" nur den Tunnel Rannersdorf (S1) als Referenzprojekt Nr. 4 angeführt. Auf Seite 24 der Ausschreibungsunterlagen sei festgelegt, dass für die Leistung der Ausführungsplanung (BP AF-PL) ein Faktor von 0,35 heranzuziehen sei. Der ARGE Partner der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, das Büro D***, könne auch hier nur die Ausführungsplanung erledigt haben, da die Ausschreibungsplanung und das Einreichprojekt von den Büros G*** und H*** bearbeitet worden seien. Der Ansatz des Faktors 1,0, der lediglich bei der Erledigung aller Planungsphasen herangezogen werden könne, sei daher nicht gerechtfertigt. Da hier ein Mitglied der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Ausführungsplanung erledigt habe, sei auch hier ein Faktor von 0,35 zu verwenden. Damit sei die ermittelte Punktezahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um weitere 9,75 Punkte zu verringern. Aufgrund der unrichtigen Bewertung sei die Antragstellerin als Bestbieterin anzusehen.

Da somit die Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht nach den vorgegebenen Bestimmungen der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien erfolgt sei, diskriminiere dies das Angebot der Antragstellerin und stelle dies einen Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz dar, insbesondere gegen § 130 Abs 1 BVergG 2006. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** - E***- F*** sei daher rechtswidrig, vielmehr wäre bei rechtmäßigem Vorgehen das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu werten. Da somit die Bewertung der Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht nach den vorgegebenen Bestimmungen der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien erfolgt sei, diskriminiere dies das Angebot der Antragstellerin

und stelle dies einen Verstoß gegen das Bundesvergabegesetz dar, insbesondere gegen Paragraph 130, Absatz eins, BVergG 2006. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** sei daher rechtswidrig, vielmehr wäre bei rechtmäßigem Vorgehen das Angebot der Antragstellerin als Bestangebot zu werten.

Die Antragstellerin sei daher in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung und in ihrem subjektiven Recht auf ein transparentes, diskriminierungsfreies und rechtskonformes Vergabeverfahren verletzt. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei notwendig, zumal auf Grund der genannten Vergaberechtswidrigkeiten die Chance auf Zuschlagserteilung nur durch den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gesichert werden könne, da aufgrund der bisherigen rechtswidrigen Vorgangsweise des Auftraggebers zu befürchten sei, dass nach Ablauf der Stillhaltefrist der Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** erteilt würde.

Zum behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden werde ausgeführt, dass durch die Angebotsstellung Kosten in der Höhe von zumindest Euro 15.000,-- erwachsen. Ebenso seien durch diesen Vertrag Verfahrenskosten in der Höhe von Euro 4.600,-- entstanden. Auch drohe der Antragstellerin der beim Angebot kalkulierte Gewinn zu entgehen, da bei rechtmäßiger Vorgangsweise dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre. Im Angebot der Antragstellerin werde ein Gewinn von zumindest Euro 50.000,-- einkalkuliert, zu dem würde der Antragstellerin ein Referenzprojekt entgehen und könne diesbezüglich der Schaden vorerst nicht geschätzt werden. Der Referenzschaden könne zwar nicht konkret geltend gemacht werden, es sei aber ein solcher auch nicht völlig außer Betracht zu bleiben, zumal er zum Gegenstand eines künftigen Feststellungsbegehrens bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden könne. Der Antragstellerin drohe daher der Entgang eines Auftrags mit einem Vertragsvolumen in der Größenordnung in der Höhe von Euro 4,7 Mio., und durch den Entgang des Auftrages ein Schaden von zumindest Euro 19.600,-- sowie der kalkulierte Gewinn von zumindest Euro 50.000,--. Dieser Schaden und der Entgang des Gewinns könne nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden.

Mit Schriftsatz vom 14.2.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 15.2.2007 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dass Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine für den behaupteten Schaden der Antragstellerin kausale, zumindest denkmögliche rechtswidrige Handlung des Auftraggebers im Vergabeverfahren sei und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung das Vorliegen einer auf bescheinigte Tatsachen gestützten, denkmöglichen Rechtswidrigkeit sowie den durch diese Rechtswidrigkeit bedingten Verlust der Möglichkeit auf Erhalt des Zuschlags voraussetze. Gemäß § 328 BVergG seien die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß dazulegen, das Vorbringen der Antragstellerin beruhe jedoch ausschließlich auf nicht näher bezeichneten "Recherchen" und Informationen aus dem Internet hinsichtlich eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft und stütze sich somit ausschließlich auf Mutmaßungen. Dies widerspreche den Antragsvoraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Zudem obliege es dem Auftraggeber, in den Ausschreibungsbestimmungen jene Referenzen festzulegen, die für eine einwandfreie Ausführung der Arbeiten für notwendig erachtet würden. Im gegenständlichen Fall seien Referenzen im Bereich der Tunnelplanungen vorgegeben worden und reichen nach Ansicht des Auftraggebers die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus, um sie für die Erbringung der geforderten Leistung als Bestbieterin auszuwählen. Mit Schriftsatz vom 14.2.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 15.2.2007 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, dass Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine für den behaupteten Schaden der Antragstellerin kausale, zumindest denkmögliche rechtswidrige Handlung des Auftraggebers im Vergabeverfahren sei und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung das Vorliegen einer auf bescheinigte Tatsachen gestützten, denkmöglichen Rechtswidrigkeit sowie den durch diese Rechtswidrigkeit bedingten Verlust der Möglichkeit auf Erhalt des Zuschlags voraussetze. Gemäß Paragraph 328, BVergG seien die den Antrag begründenden Tatsachen im Einzelnen wahrheitsgemäß dazulegen, das Vorbringen der Antragstellerin beruhe jedoch ausschließlich auf nicht näher bezeichneten "Recherchen" und Informationen aus dem Internet hinsichtlich eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft und stütze sich somit ausschließlich auf Mutmaßungen. Dies widerspreche den Antragsvoraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Zudem obliege es dem Auftraggeber, in den Ausschreibungsbestimmungen jene Referenzen festzulegen, die für eine einwandfreie Ausführung der Arbeiten für notwendig erachtet würden. Im gegenständlichen Fall seien Referenzen im Bereich der Tunnelplanungen vorgegeben worden und reichen nach Ansicht des Auftraggebers die Referenzen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus, um sie für die Erbringung der geforderten Leistung als Bestbieterin auszuwählen.

Darüber hinaus überwiege das Interesse des Auftraggebers an der Fortführung des Vergabeverfahrens, sodass von der

Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzusehen sei. Für den Auftraggeber ergebe sich die unbedingte Notwendigkeit des Auftragsbeginns. Die starke Entwicklungsdynamik im Nordosten von Wien und die daraus resultierenden Kapazitätsengpässe im bestehenden Straßennetz haben aus Sicht der Verkehrsplanung zu Überlegungen über die Errichtung neuer hochrangiger Straßenverbindungen geführt. Dabei handle es sich um die Errichtung einer 6. Straßen- Donauquerung in Form des gegenständlichen Tunnelprojekts mit Unterquerung des Donaustroms sowie des Nationalparks Donauauen als Verlängerung der S 1 von Schwechat bis Süßenbrunn. Dieses Projekt bringe eine nachhaltige Entlastung der Wohn- und Erholungsgebiete vom Durchzugsverkehr und eine Entlastung wichtiger Verkehrsrelationen auf der A 23. Der wachsende Verkehr werde aufgenommen, gebündelt und auf die jeweiligen Ziele verteilt, er werde aus dem niederrangigen Straßennetz abgezogen und neuralgische Punkte würden entlastet. Es wäre daher völlig unverhältnismäßig und dem öffentlichen Interesse entgegenlaufend und dem Auftraggeber nicht zumutbar, durch Untersagung der Zuschlagsentscheidung einen Zustand zu schaffen, der die Einhaltung des vorgesehenen Zeitplans unmöglich mache und einen Verzögerungsschaden - unabhängig vom Ausgang dieses Nachprüfungsverfahrens - realisiere. Da die nachteiligen Folgen bei einer Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen, und zwar sowohl bei Auftraggeber (Entgang von erheblichen Mauteinnahmen) als auch aufgrund des besonderen öffentlichen Interesses (Verkehrsentlastung) und dem gegenüber ein bloß als sehr gering bezifferter, nicht näher begründeter Schaden der Antragstellerin stehe, sei der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung auch aus diesem Grunde abzuweisen.

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

Im September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-AG(ASFINAG) die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP (Einreichprojekt) und BP(Bauprojekt) - Ausführungsplanung optional für die Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskategorie 12, CPV 74.23.22.00-6, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Leistung umfasst die Tunnelplanung für die Tunnel "Donau-Lobau", wobei diese die Erstellung eines tunnelbautechnischen Einreichprojektes inkl. Mitwirkung an der Umweltverträglichkeitserklärung beinhaltet. Das Einreichprojekt dient als Grundlage für das UVP-Verfahren inkl. der erforderlichen Behördenverfahren und wird dann in ein Bauprojekt übergeführt. Das Bauprojekt besteht aus dem endgültig ausschreibungsreifen tunnelbautechnischen Projekt mit den eingearbeiteten Behördenauflagen und der Ausführungsplanung (optional). Als voraussichtlicher Auftragsbeginn ist der Jänner 2006 angeführt und als Zeitraum für die Abwicklung des Auftrages (Planungsphase) 4 Jahre. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 14.9.2005. Unter Punkt III.3.1. ist festgelegt, dass die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und wird auf das Ziviltechnikergesetz 1993-ZTG sowie auf die EWR-IngenieurkonsulentenVO BGBl. Nr. 695/1995 Bezug genommen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 24.10.2005 festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.10.2006. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Nach Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe am 20.3.2006 und zweimaliger Berichtigung der Ausschreibung erfolgte am 12.5.2006, 11.00 Uhr die Angebotsöffnung. Mit Telefax vom 3.8.2006 hat der Auftraggeber sämtliche Bieter um Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 13. 11.2006 und mit Telefax vom 10.11.2006 um eine weitere Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 13.2.2007 ersucht. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote und Erstellung eines Vergabeberichtes vom 24.1.2007, wonach das Angebot der Antragstellerin mit 90,05 Punkten und einer Angebotssumme von Euro 4,705.219,92.- an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben datiert 31.1.2007 sämtlichen Bietern per Telefax die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit 91,33 Punkten und einer Vergabesumme von netto Euro 2,223.501,94.- (ohne Option) bzw. Euro 4,298.987,42.-- (mit Option) bekannt gegeben.Im September 2005 hat der Auftraggeber Autobahnen-und Schnellstraßen Finanzierungs-AG(ASFINAG) die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen EP (Einreichprojekt) und BP(Bauprojekt) - Ausführungsplanung optional für die Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat bis Süßenbrunn im nicht offenen zweistufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskategorie 12, CPV 74.23.22.00-6, im Oberschwellenbereich europaweit ausgeschrieben. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Leistung umfasst die Tunnelplanung für die Tunnel "Donau-Lobau", wobei diese die

Erstellung eines tunnelbautechnischen Einreichprojektes inkl. Mitwirkung an der Umweltverträglichkeitserklärung beinhaltet. Das Einreichprojekt dient als Grundlage für das UVP-Verfahren inkl. der erforderlichen Behördenverfahren und wird dann in ein Bauprojekt übergeführt. Das Bauprojekt besteht aus dem endgültig ausschreibungsreifen tunnelbautechnischen Projekt mit den eingearbeiteten Behördenauflagen und der Ausführungsplanung (optional). Als voraussichtlicher Auftragsbeginn ist der Jänner 2006 angeführt und als Zeitraum für die Abwicklung des Auftrages (Planungsphase) 4 Jahre. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 14.9.2005. Unter Punkt römisch drei.3.1. ist festgelegt, dass die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten ist und wird auf das Ziviltechnikergesetz 1993-ZTG sowie auf die EWR-IngenieurkonsulentenVO Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, Bezug genommen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 24.10.2005 festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 24.10.2006. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Teilnahmeantrag abgegeben und wurde neben 4 weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in die zweite Stufe eingeladen. Nach Ausgabe der Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe am 20.3.2006 und zweimaliger Berichtigung der Ausschreibung erfolgte am 12.5.2006, 11.00 Uhr die Angebotsöffnung. Mit Telefax vom 3.8.2006 hat der Auftraggeber sämtliche Bieter um Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 13. 11.2006 und mit Telefax vom 10.11.2006 um eine weitere Verlängerung der Zuschlagsfrist bis 13.2.2007 ersucht. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote und Erstellung eines Vergabeberichtes vom 24.1.2007, wonach das Angebot der Antragstellerin mit 90,05 Punkten und einer Angebotssumme von Euro 4,705.219,92.- an 2. Stelle gereiht wurde, hat der Auftraggeber mit Schreiben datiert 31.1.2007 sämtlichen Bietern per Telefax die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** mit 91,33 Punkten und einer Vergabesumme von netto Euro 2,223.501,94.- (ohne Option) bzw. Euro 4,298.987,42.-- (mit Option) bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 14.2.2007, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 15.2.2007 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühren sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe die Referenzprojekte unrichtig bewertet, bei rechtmäßiger Bewertung sei dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 2), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.200.- bezahlt.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gelten für im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesvergabegesetzes BGBl. I Nr. 17/2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Da die Vergabebekanntmachung vor dem 1.2.2006 erfolgt ist und das Vergabeverfahren somit vor dem 1.2. 2006 eingeleitet wurde, die gegenständlichen Anträge jedoch nach diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt eingebracht wurden, sind entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Übergangsbestimmungen nur die Bestimmungen zum Rechtsschutz im Teil 4, jene zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zum Zivilrecht im Teil 5 und jene zu den Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen im Teil 6 des BVergG 2006 anzuwenden. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl. I Nr. 99/2002, (BVergG 2002), heranzuziehen (vgl. BVA 30.5.2006, N/0023-BVA/03/2006; BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9). Gemäß Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 ist das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten für im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des Bundesvergabegesetzes 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Da die Vergabebekanntmachung vor dem 1.2.2006 erfolgt ist und das Vergabeverfahren somit vor dem 1.2. 2006 eingeleitet wurde, die gegenständlichen Anträge jedoch nach diesem Zeitpunkt beim Bundesvergabeamt eingebracht wurden, sind entsprechend den vorgenannten gesetzlichen Übergangsbestimmungen nur die Bestimmungen zum Rechtsschutz im Teil 4, jene zur außerstaatlichen Kontrolle sowie zum Zivilrecht im Teil 5 und

jene zu den Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen im Teil 6 des BVergG 2006 anzuwenden. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, (BVergG 2002), heranzuziehen vergleiche BVA 30.5.2006, N/0023-BVA/03/2006; BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9).

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 (vgl. BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG 2002. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 4 Abs.1 BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 4 Mio.-. Der einschlägige Schwellenwert von § 9 BVergG 2002 iVm § 1 SchwellenwerteVO 2006, BGBl. II Nr. 56/2005 ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Die ASFINAG ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 vergleiche BVA 24.10.2005, 03N/101/05-11; BVA 13.1.2005, 03N-111/04- 10). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-AG geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG 2002. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers ca. Euro 4 Mio.-. Der einschlägige Schwellenwert von Paragraph 9, BVergG 2002 in Verbindung mit Paragraph eins, SchwellenwerteVO 2006, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005, ist damit als überschritten anzusehen und ist daher das gegenständliche Verfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Der am 15.2.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd § 328 Abs. 3 und Abs. 4 BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß § 328 Abs 1 und Abs.2 BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der am 15.2.2007 eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde beim Bundesvergabeamt gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 328, Absatz 3 und Absatz 4, BVergG 2006 rechtzeitig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen gemäß Paragraph 328, Absatz eins und Absatz 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Antrag ist daher zulässig, das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Übergangsbestimmungen des BVergG 2006 gelten neben dem 4. 5. und 6. Teil des BVergG 2006 daher gemäß § 16 Abs. 3 BVergG 2002 für die Vergabe solcher Aufträge darüber hinaus noch die Bestimmungen des 1. Teiles des BVergG 2002, sowie die §§ 21, 22, 24, 25, 30-32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99-101 des BVergG 2002 (BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9). Unter Berücksichtigung der oben genannten Übergangsbestimmungen des BVergG 2006 gelten neben dem 4. 5. und 6. Teil des BVergG 2006 daher gemäß Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 für die Vergabe solcher Aufträge darüber hinaus noch die Bestimmungen des 1. Teiles des BVergG 2002, sowie die Paragraphen 21, 22, 24, 25, 30 -, 32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99 -, 101 des BVergG 2002 (BVA 10.4.2006, N/0017-BVA/04-2006-EV9).

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Abs.2 leg.cit ist der Antrag auf Erlassung einer

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

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

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

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

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkbar. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren

nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der Auftraggeber hat die notwendige Verkehrsentslastung als besonderes öffentlichen Interessen gegen die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung vorgebracht und sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung mit der Begründung ausgesprochen, dass sich das Vorbringen der Antragstellerin lediglich auf Internetrecherchen stütze und nicht auf bescheinigte Tatsachen und zudem der bezifferte Schaden der Antragstellerin gegenüber dem Verzögerungsschaden für den Auftraggeber sehr gering und nicht näher dargelegt worden sei. Dem Vorbringen des Auftraggebers ist zunächst entgegenzuhalten, dass über das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen und die vom Auftraggeber geltend gemachte mangelnde inhaltliche Begründetheit im Provisorialverfahren nicht endgültig abzusprechen ist. Es ist zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreichend, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vgl. BVA 25.3.1998, N-8/98-5). Darüber hinaus hat der Auftraggeber lediglich pauschal ohne konkrete Darlegung und Bezifferung des Schadens vorgebracht, dass " sich daher der Verzögerungsschaden unabhängig vom Ausgang dieses Nachprüfungsverfahrens jedenfalls realisiert". Wenn der Auftraggeber zudem ausführt, dass bei Erlassung der einstweiligen Verfügung der Zeitplan nicht eingehalten werden könne und die nachteiligen Folgen für den Auftraggeber aufgrund des Entgangs von erheblichen Mauteinnahmen bei weitem überwiegen, ist dem entgegenzuhalten, dass in Anbetracht des seit September 2005 erfolgten zeitlich eher großzügig bemessenen Ablaufs des verfahrensgegenständlichen Projektes eine weitere Verzögerung von maximal sechs Wochen nicht wesentlich ins Gewicht fällt, zumal gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14). Da unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vgl. BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006- EV30) und einer Erhöhung der Verkehrsentslastung wenn auch im öffentlichen Interesse gelegen nicht in generalisierender Weise und vor allem nicht in Anbetracht des bisherigen zeitlichen Ablaufs der Vorzug einzuräumen ist, war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit des Vorbringens ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen, vielmehr wird dies Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein. Da jedoch seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die Bietergemeinschaft D*** - E*** - F*** geplant ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Der

Auftraggeber hat die notwendige Verkehrsentslastung als besonderes öffentlichen Interessen gegen die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung vorgebracht und sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung mit der Begründung ausgesprochen, dass sich das Vorbringen der Antragstellerin lediglich auf Internetrecherchen stütze und nicht auf bescheinigte Tatsachen und zudem der bezifferte Schaden der Antragstellerin gegenüber dem Verzögerungsschaden für den Auftraggeber sehr gering und nicht näher dargelegt worden sei. Dem Vorbringen des Auftraggebers ist zunächst entgegenzuhalten, dass über das Vorliegen der von der Antragstellerin behaupteten Rechtsverletzungen und die vom Auftraggeber geltend gemachte mangelnde inhaltliche Begründetheit im Provisorialverfahren nicht endgültig abzusprechen ist. Es ist zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ausreichend, dass eine Verletzung der Rechte des Bieter nicht auszuschließen ist (vergleiche BVA 25.3.1998, N-8/98-5). Darüber hinaus hat der Auftraggeber lediglich pauschal ohne konkrete Darlegung und Bezifferung des Schadens vorgebracht, dass " sich daher der Verzögerungsschaden unabhängig vom Ausgang dieses Nachprüfungsverfahrens jedenfalls realisiert". Wenn der Auftraggeber zudem ausführt, dass bei Erlassung der einstweiligen Verfügung der Zeitplan nicht eingehalten werden könne und die nachteiligen Folgen für den Auftraggeber aufgrund des Entgangs von erheblichen Mauteinnahmen bei weitem überwiegen, ist dem entgegenzuhalten, dass in Anbetracht des seit September 2005 erfolgten zeitlich eher großzügig bemessenen Ablaufs des verfahrensgegenständlichen Projektes eine weitere Verzögerung von maximal sechs Wochen nicht wesentlich ins Gewicht fällt, zumal gemäß Rechtsprechung des VfGH auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; dem folgend u.a. BVA 27.12.2005, 03N-94/05-6; BVA 5.1.2006, 11N-135/05-14). Da unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang vor der Zuschlagserteilung einzuräumen ist (vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006- EV30) und einer Erhöhung der Verkehrsentslastung wenn auch im öffentlichen Interesse gelegen nicht in generalisierender Weise und vor allem nicht in Anbetracht des bisherigen zeitlichen Ablaufs der Vorzug einzuräumen ist, war aus den dargelegten Gründen von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Überprüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten, weshalb mit einstweiliger Verfügung die Erteilung des Zuschlags im Ausmaß von sechs Wochen zu untersagen war. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung; Stattgebung;

Dokumentnummer

VERGT_20070220_N_0011_BVA_03_2007_EV6_00

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at