

TE Verg Bescheid 2006/9/26 N/0077-BVA/09/2006-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.09.2006

Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

BVergG 2006 §345

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 § 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 den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Wolfgang Pointner, im Verfahren über den Antrag der Bietergemeinschaft A***, bestehend aus:

1. 1.Ziffer eins
B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, 6. G***, 7. H***, vertreten durch X***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "der Autobahnen und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) bis zur Entscheidung

des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag der antragstellenden Bietergemeinschaft A*** zu untersagen, den Zuschlag im Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" zu erteilen", wird stattgegeben.

Der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, der Bietergemeinschaft I*** den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328, 329 und 345 BVergG 2006Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, 329 und 345 BVergG 2006

Begründung

Die Bietergemeinschaft A*** bestehend aus 1. B***, 2. C***, 3. D***, 4. E***, 5. F***, 6. G*** und 7. H***, diese vertreten durch X***, brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 21. September 2006 beim Bundesvergabeamt ein. Er betrifft das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9. Es sind die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. September 2006 sowie der Ersatz der Pauschalgebühren u.a. beantragt.

In ihrem Antrag vom 21. September 2006 brachte die Antragstellerin wie folgt vor:

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag betreffe dasselbe Vergabeverfahren ("PPP Ostregion - Paket 1 ") wie das zur GZ N/0054-BVA/09/2006, N/0055-BVA/09/2006 protokollierte Nachprüfungsverfahren und decke sich inhaltlich teilweise mit diesem.

Nunmehr würde die Nichtigerklärung (i) der Bewerberauswahl in Bezug auf die Zulassung von I*** zur Teilnahme am Vergabeverfahren, (ii) der Entscheidung, das LAFO von A*** auszuschneiden, und (iii) der Zuschlagsentscheidung begehrt. Zur Sicherung der Rechte der Antragstellerin werde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

Die angefochtenen Entscheidungen der ASFINAG seien - zusammengefasst - aus folgenden Gründen rechtswidrig:

Das Mitglied J***, eine Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, der Bietergemeinschaft I*** habe zum Zeitpunkt der Angebotslegung weder über eine österreichische Gewerbeberechtigung als Baumeister verfügt, noch sei rechtzeitig um eine Gleichhaltung bzw. Anerkennung gemäß § 373c und § 373d GewO 1994 angesucht worden und sei dieses Ansuchen bewilligt worden. Weiters habe zum genannten Zeitpunkt kein Mitglied von I*** eine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes "Winter- und Sommerdienst" für den Straßenbetrieb besessen. Das Mitglied J***, eine Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, der Bietergemeinschaft I*** habe zum Zeitpunkt der Angebotslegung weder über eine österreichische Gewerbeberechtigung als Baumeister verfügt, noch sei rechtzeitig um eine Gleichhaltung bzw. Anerkennung gemäß Paragraph 373 c, und Paragraph 373 d, GewO 1994 angesucht worden und sei dieses Ansuchen bewilligt worden. Weiters habe zum genannten Zeitpunkt kein Mitglied von I*** eine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes "Winter- und Sommerdienst" für den Straßenbetrieb besessen.

Das Mitglied K*** der Bietergemeinschaft I*** sei aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung der zum Zeitpunkt der Angebotslegung im Amt befindlichen Geschäftsführer L*** und M*** unzuverlässig gewesen. Darüber hinaus sei nicht auszuschließen, dass das Mitglied der Geschäftsführung N*** aufgrund einer Verurteilung in Österreich nach wie vor als nicht unbescholten gelte.

Während der Frist zur Legung des LAFO sei den Bietern ein für die Finanzierungslösung unter Einschaltung eines Monoline-Versicherers entscheidendes Schreiben des BMF sowie eine Mitteilung der ASFINAG so kurzfristig übermittelt worden, dass eine Berücksichtigung im Finanzierungsangebot objektiv nicht mehr möglich gewesen wäre. Tatsächlich habe die Antragstellerin eine entsprechend günstige Finanzierung nicht mehr anbieten können. Trotz dieser wesentlichen Änderung im AU-LAFO sei die Angebotsfrist gesetzwidrig nicht erstreckt worden. Der Inhalt dieser Mitteilungen wäre I*** offensichtlich früher bekannt gewesen, da ihre Finanzierung die darin enthaltene Information voraussetze.

Mitarbeiter des für die Erstellung und Durchführung, einschließlich der Angebotsbewertung, dieser Ausschreibung über Auftrag der ASFINAG tätigen Unternehmens seien auch für J***, ein Konsortialmitglied von I***, in eng verwandten Angelegenheiten tätig. Daraus erkläre sich auch die nicht nachvollziehbare Angebotsbewertung durch den Auftraggeber.

Die Bewertungskriterien zur Schattenmaut führten im Zusammenhang mit der offensichtlich unrichtigen Verkehrsprognose der ASFINAG zu einer unsachlichen Angebotsbewertung.

Der von I*** angebotene Preis legt es nahe, dass das Angebot unterpreisig sei und bzw. oder nicht sämtliche Leistungsbestandteile enthalten würde. In diesem Zusammenhang sei auch anzunehmen, dass das Angebot technisch nicht gleichwertig ist.

Die Antragstellerin gehe schließlich davon aus, dass entgegen den Beteuerungen der ASFINAG und der hierauf gründenden Einstufung der Bestbieterentscheidung als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung durch das BVA auch nach Abgabe des LAFO Änderungen in den Verträgen von I*** erfolgt seien und damit weitere Verhandlungen mit I*** stattgefunden hätten.

Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens sei die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (im Folgenden als "ASFINAG", "Auftraggeberin" oder "Konzessionsgeberin" bezeichnet).

Es sei unbestritten, dass die ASFINAG öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 7 Abs 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002) und § 3 Abs. 1 Z 2 lit. c Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) ist (vgl. schon BVA 25.8.1998, N-35/98-9; 20.4.2000, F-23/99-20; 4.9.2000, N-46/00-11 u.v.a.). Es sei unbestritten, dass die ASFINAG öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002) und Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera c, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) ist vergleiche schon BVA 25.8.1998, N-35/98-9; 20.4.2000, F-23/99-20; 4.9.2000, N-46/00-11 u.v.a.).

Gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG würde die Zuständigkeit zur Vollziehung der Angelegenheiten der Nachprüfung für öffentliche Auftraggeber wie die ASFINAG in den Bundesbereich fallen. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG würde die Zuständigkeit zur Vollziehung der Angelegenheiten der Nachprüfung für öffentliche Auftraggeber wie die ASFINAG in den Bundesbereich fallen.

Das Bundesvergabeamt (BVA) sei zur Behandlung der vorliegenden Anträge deshalb zuständig.

Die Anträge würden sich auf das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket I" beziehen. Gemäß den Vorgaben in der Ausschreibung handle es sich um ein Verfahren zur Vergabe eines Baukonzessionsvertrages (§ 3 Abs. 2 BVerG 2002 - zur Anwendung des BVerG 2002 siehe Punkt 111). Der für Baukonzessionsverträge maßgebliche Schwellenwert des § 9 Abs 1 Z 3 BVerG 2002 sei weit überschritten, weshalb ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliege. Die Anträge würden sich auf das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket I" beziehen. Gemäß den Vorgaben in der Ausschreibung handle es sich um ein Verfahren zur Vergabe eines Baukonzessionsvertrages (Paragraph 3, Absatz 2, BVerG 2002 - zur Anwendung des BVerG 2002 siehe Punkt 111). Der für Baukonzessionsverträge maßgebliche Schwellenwert des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG 2002 sei weit überschritten, weshalb ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliege.

Gegenstand des Vergabeverfahrens

Das Straßenprogramm "PPP Ostregion" umfasse die Errichtung neuer hochrangiger Straßen mit einer Gesamtlänge von rund 113 km. Die ASFINAG habe die Absicht bekundet, dieses Straßenprogramm in vier Paketen im Wege sogenannter "PPP" (Public Private Partnership)- Modelle auszuschreiben.

Das erste - hier gegenständliche - Paket ("PPP Ostregion - Paket 1 ") umfasse insbesondere die Streckenabschnitte A5 Nordautobahn Eibesbrunn-Schrick (A5 Süd), S2 Wiener Nordrand Schnellstraße Umfahrung Süßenbrunn (S2 Süßenbrunn), S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Abschnitt Wien/NÖ bis Knoten Eibesbrunn, A5/S 1 B7 (S 1 Ost) und S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Abschnitt A5/B7 bis Knoten Korneuburg A22/S1 (S I West). Dabei handle es sich um neu zu errichtende hochrangige Streckenabschnitte mit einer Gesamtlänge von rund 51 km, die die Anbindung des Weinviertels an den Großraum Wien und den nordöstlichen Teil des Wiener Umfahrungsringes beinhalten sollen. Das erste - hier gegenständliche - Paket ("PPP Ostregion - Paket 1 ") umfasse insbesondere die Streckenabschnitte A5 Nordautobahn Eibesbrunn-Schrick (A5 Süd), S2 Wiener Nordrand Schnellstraße Umfahrung Süßenbrunn (S2 Süßenbrunn), S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Abschnitt Wien/NÖ bis Knoten Eibesbrunn, A5/S 1 B7 (S 1 Ost) und S 1 Wiener Außenring Schnellstraße Abschnitt A5/B7 bis Knoten Korneuburg A22/S1 (S römisch eins West). Dabei handle es sich um neu zu errichtende hochrangige Streckenabschnitte mit einer Gesamtlänge von rund 51 km, die die Anbindung des Weinviertels an den Großraum Wien und den nordöstlichen Teil des Wiener Umfahrungsringes beinhalten sollen.

Zur Vergabe gelange ein Konzessionsvertrag, der die Planung, die Errichtung, die Finanzierung und den Betrieb der vorstehend genannten Streckenabschnitte (unter Einschluss von u.a. Raststätten, landschaftspflegerischen/landschaftsökologischen Maßnahmen, Verkehrsbeeinflussungsanlagen und Verkehrszähleinrichtungen), sowie die Planung, die Errichtung und die Finanzierung damit im Zusammenhang stehender sonstiger Bauwerke (insbesondere Straßen des nicht hochrangigen Straßennetzes einschließlich Kreuzungsbildung, Eisenbahnanlagen und Ähnliches) umfasse.

Ergänzend zum bisherigen Verfahrensverlauf (siehe Vorverfahren GZ N/0054-BVA/09/2006, N/0055-BVA/09/2006) wird folgendes ausgeführt:

Mit Mitteilung der ASFINAG vom 8.9.2006 seien der Antragstellerin zwei Entscheidungen bekannt gegeben worden:

Zum einen sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass die Zuschlagsentscheidung an die Bietergemeinschaft I*** erfolge. Diese Bietergemeinschaft setze sich aus den Mitgliedern J***, K***, O***, P*** sowie Q*** zusammen. Weiters sei in dieser Mitteilung die Bewertung (Gesamtbarwert und Punktebewertung) des erfolgreichen Angebots mitgeteilt worden, aber nicht dessen wesentliche Merkmale und Vorteile. Abermals sei für die jeweilige Bewertung auch keine Begründung gegeben worden. Für die Antragstellerin sei dadurch auch nicht erkennbar, inwieweit sich die Zusammensetzung der Bietergemeinschaft, die Einbeziehung möglicher benannter Subunternehmen bzw. die geplanten Beteiligungsverhältnisse in der zu gründenden Konzessionsgesellschaft ausschreibungswidrig geändert haben könnten. Die Antragstellerin rüge daher schon an dieser Stelle eine solche, mit den Ausschreibungsbestimmungen unvereinbare Vorgangsweise.

Zugleich sei im Wege einer weiteren Mitteilung der Antragstellerin eröffnet worden, dass "das letztgültige Angebot der Bietergemeinschaft A*** vom 31.05.2006" ausgeschieden werde. Begründet sei dies mit zwei angeblichen Ausschreibungswidrigkeiten des letztgültigen Angebotes von A*** worden.

Das vorliegende Vergabeverfahren sei nach den Bestimmungen des BVergG 2002 durchgeführt worden. Auch wenn mit 1. Februar 2006 ein neues Bundesvergabegesetz 2006 (BGB1. 117/2006 - BVergG 2006) in Kraft getreten sei, würden aufgrund der Übergangsbestimmung des § 345 Abs. 3 BVergG 2006 in materiellrechtlicher (vergabeverfahrensrechtlicher) Hinsicht weiterhin die Bestimmungen des BVergG 2002 Anwendung finden. Das vorliegende Vergabeverfahren sei nach den Bestimmungen des BVergG 2002 durchgeführt worden. Auch wenn mit 1. Februar 2006 ein neues Bundesvergabegesetz 2006 (BGB1. 117 aus 2006, - BVergG 2006) in Kraft getreten sei, würden aufgrund der Übergangsbestimmung des Paragraph 345, Absatz 3, BVergG 2006 in materiellrechtlicher (vergabeverfahrensrechtlicher) Hinsicht weiterhin die Bestimmungen des BVergG 2002 Anwendung finden.

Da das mit diesem Nachprüfungsantrag eingeleitete Nachprüfungsverfahren am 1. Februar 2006 noch nicht beim BVA anhängig gewesen sei, seien gemäß § 345 Abs. 4 iVm § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 auf das Nachprüfungsverfahren aber die Regelungen des BVergG 2006 anzuwenden. Da das mit diesem Nachprüfungsantrag eingeleitete Nachprüfungsverfahren am 1. Februar 2006 noch nicht beim BVA anhängig gewesen sei, seien gemäß Paragraph 345, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 auf das Nachprüfungsverfahren aber die Regelungen des BVergG 2006 anzuwenden.

Die Antragstellerin habe sich am vorliegenden Vergabeverfahren als Konsortium beteiligt. Sie habe sich - zunächst noch als Bewerber - für das anschließende Verhandlungsverfahren präqualifiziert und, nach Einladung durch die ASFINAG, ein Erstangebot gelegt, an umfangreichen und kostspieligen Verhandlungen um den Auftragsgegenstand teilgenommen und schließlich ein LAFO gelegt.

Die Antragstellerin habe damit ein maßgebliches Interesse am Vertragsabschluss bewiesen. Zur Vorbereitung der Beteiligung am Vergabeverfahren und den anschließenden Verhandlungen sowie zur Teilnahme an den Verhandlungen habe sie erheblichen Aufwand getätigt, den sie nicht getätigt hätte, wäre sie nicht an einem Vertragsabschluss im vorliegenden Vergabeverfahren interessiert gewesen. Durch Nachweis ihrer Befähigung, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens sowie durch die Führung kostenintensiver Verhandlungen mit der Auftraggeberin habe sie ihr Interesse am Vertragsabschluss hinreichend dokumentiert.

Die von der Antragstellerin mit diesem Nachprüfungsantrag bekämpften Entscheidungen (Ausscheidensentscheidung und Zuschlagsentscheidung) seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss: Auf das

Angebot des Bieterkonsortiums I*** solle der Zuschlag erteilt werden. Das Angebot des antragstellenden A*** Konsortiums sei demgegenüber nunmehr in rechtswidriger Weise ausgeschieden worden. Tatsächlich hätte aber das Angebot von I*** zwingend ausgeschieden werden müssen bzw. nicht für den Zuschlag auserwählt werden dürfen. Da A*** - entgegen der mitangefochtenen Ausscheidensentscheidung - ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe, wäre dem A*** Konsortium der Zuschlag zu erteilen gewesen. Die Frage, ob die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen worden seien, sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens sohin von offenkundig wesentlicher Bedeutung.

Die Antragstellerin habe als Bieterin für die Teilnahme am Vergabeverfahren bereits einen sehr hohen Aufwand getätigt, der durch die nun bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung an ein anderes Bieterkonsortium frustriert zu werden drohe.

Das ausgeschriebene Vorhaben "PPP-Ostregion - Paket 1" sei das erste relevante Public-Private-Partnership-Projekt dieser Art in Österreich. Ein Erfolg in diesem Projekt wäre eine bedeutende Referenz für weitere Projekte in Österreich. Darüber hinaus bestehe die antragstellende Bietergemeinschaft aus größtenteils international tätigen Unternehmen, welche einen Erfolg im gegenständlichen Vergabeverfahren vielfach auch als Referenzprojekt im Ausland verwerten könnten. Die Vergabe an ein anderes Bieterkonsortium würde auch in dieser Hinsicht einen erheblichen Schaden für die Antragstellerin bedeuten.

Zu den Beschwerdepunkten

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Festlegung in folgenden subjektiven Rechten als verletzt:

- -Strichaufzählung
Recht, dass das ausschreibungskonforme letztgültige Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden wird.
- -Strichaufzählung
Recht auf Durchführung eines den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter entsprechenden Vergabeverfahrens (§ 21 Abs 1 BVergG 2002). Recht auf Durchführung eines den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter entsprechenden Vergabeverfahrens (Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002).
- -Strichaufzählung
Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung.
- -Strichaufzählung
Recht, dass nicht ein mitbietendes Bieterkonsortium als Zuschlagsempfängerin evaluiert wird, das vergaberechtlich nicht befugt und/oder unzuverlässig ist, sowie, dass ein solches Bieterkonsortium vom Auftraggeber ausgeschieden wird (§ 51 iVm § 98 BVergG 2002). Recht, dass nicht ein mitbietendes Bieterkonsortium als Zuschlagsempfängerin evaluiert wird, das vergaberechtlich nicht befugt und/oder unzuverlässig ist, sowie, dass ein solches Bieterkonsortium vom Auftraggeber ausgeschieden wird (Paragraph 51, in Verbindung mit Paragraph 98, BVergG 2002).
- -Strichaufzählung
Recht, dass nicht ein Zuschlagsempfänger evaluiert wird, dessen Angebotspreis nicht angemessen ist (§ 21 Abs 1 BVergG 2002). Recht, dass nicht ein Zuschlagsempfänger evaluiert wird, dessen Angebotspreis nicht angemessen ist (Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002).
- -Strichaufzählung
Recht, dass nicht ein Zuschlagsempfänger evaluiert wird, dessen Angebot den Ausschreibungsbedingungen widerspricht und/oder unvollständig ist.
- -Strichaufzählung
Recht auf Zuschlagserteilung zugunsten der Antragstellerin.
- -Strichaufzählung
In eventu: Recht auf Teilnahme an einer neuerlich durchzuführenden letzten Angebotsrunde (LAFO).

In eventu: Recht auf neuerliche Bewerberauswahl und Teilnahme am gegenständlichen, ab dem Stadium der Bewerberauswahl neu durchzuführenden Vergabeverfahren.

- -Strichaufzählung
In eventu: Recht auf Ausscheiden sämtlicher Bieter bzw auf Nichterteilung des Zuschlages auf das nach dem

Ausscheiden von Angeboten einzig übrig bleibende Angebotes und den daraus resultierenden Widerruf des gegenständlichen Verfahrens und Teilnahme an einer neuen Ausschreibung zur Vergabe der gegenständlichen Leistung.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 328 Abs.1 BVergG 2006 habe das BVA auf Antrag 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 Antragsstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer solchen einstweiligen Verfügung seien offensichtlich erfüllt: Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 habe das BVA auf Antrag 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 Antragsstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer solchen einstweiligen Verfügung seien offensichtlich erfüllt:

Die ASFINAG habe am 8. 9.2006 gegenüber der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung an die Bietergemeinschaft I*** bekannt gegeben. In dieser Entscheidung teile sie mit, dass sie den Zuschlag nach Ablauf der Stillhaltefrist, welche am 22.09.2006 ende, an die Bietergemeinschaft I*** zu erteilen beabsichtige.

Da einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 3 BVergG 2006 keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillhaltefrist gemäß § 100 Abs 2 BVergG, die mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 8. 9.2006 in Gang gesetzt wurde, am 22.9.2006 ende, sei zu befürchten, dass die ASFINAG ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung den Zuschlag auch tatsächlich mit Ablauf des 22. 9.2006 erteilen werde, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe, da eine bloße Feststellung (ex-post) einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Nach dem Grundgedanken der Rechtsmittel-RL 89/665/EWG solle eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, 18.6.2002, Rs C-92/00; BVA 9.1.2004, 03N1/04-7; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11). Da einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz 3, BVergG 2006 keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 100, Absatz 2, BVergG, die mit Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 8. 9.2006 in Gang gesetzt wurde, am 22.9.2006 ende, sei zu befürchten, dass die ASFINAG ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung den Zuschlag auch tatsächlich mit Ablauf des 22. 9.2006 erteilen werde, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe, da eine bloße Feststellung (ex-post) einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Nach dem Grundgedanken der Rechtsmittel-RL 89/665/EWG solle eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, 18.6.2002, Rs C-92/00; BVA 9.1.2004, 03N1/04-7; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11).

Die Antragstellerin erkläre zur Erfüllung der Antragsvoraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG ihr im Schriftsatz zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags erstattetes Vorbringen hiermit ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin erkläre zur Erfüllung der Antragsvoraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG ihr im Schriftsatz zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags erstattetes Vorbringen hiermit ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die Antragsstellerin habe sich in einem langen Verfahrensgang für das Verhandlungsverfahren präqualifiziert, ein Erstangebot gelegt, an umfangreichen und kostspieligen Verhandlungen um den Auftragsgegenstand teilgenommen und schließlich ein LAFO gelegt. Allein durch die Teilnahme am Vergabeverfahren sei den im A*** Konsortium vertretenen Unternehmen bereits ein Aufwand entstanden, der durch eine mögliche Zuschlagserteilung an ein anderes Bieterkonsortium frustriert zu werden drohe.

Über den bereits getätigten enormen Aufwand (Vertrauensschaden) hinaus, entstehe dem antragsstellendem Konsortium aber ein weit darüber hinaus reichender - de facto gar nicht bezifferbarer - Schaden: Denn das ausgeschriebene Vorhaben "PPP-Ostregion - Paket 1" sei das erste bedeutende Public-Private-Partnership Projekt dieser

Art in Österreich und hätte für die im A*** Bieterkonsortium vertretenen Unternehmen einen nicht abschätzbaren Referenzwert für weitere Projekte in Österreich und Europa. Die Vergabe an ein anderes Bieterkonsortium würde auch in dieser Hinsicht einen erheblichen Schaden sowie durch die Vergabe an Konkurrenzunternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil in einer heftig umkämpften Branche bedeuten. Selbst eine positive Entscheidung des BVA über den vorliegenden Nachprüfungsantrag könnte im Fall einer vorzeitigen Zuschlagserteilung an I*** den durch den Entgang eines der wichtigsten Infrastrukturprojekte entstandenen Schaden nicht wettmachen.

Zur Interessensabwägung

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwiegen Interessen der beteiligten Bieter und der Auftraggeberin.

Zu den besonderen öffentlichen Interessen: Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zählten zu den besonderen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen, in erster Linie die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum (BVA 29.12.2003, 02N-147/03-5) oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen (VfSlg 14.982/1997). Nach der Spruchpraxis könnten öffentliche Interessen auch in volkswirtschaftlichen Erwägungen gründen, etwa durch die Verzögerung eines zusätzlichen Entwicklungs- und Innovationsschubes der österreichischen Volkswirtschaft oder durch das Entstehen eines gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsnachteiles (BVA 26.3.2004, 05N-20/04-22). Solche Nachteile seien jedoch nur relevant, wenn sie konkret aufgrund der Verzögerung drohen (BVA 5.3.2003, 15N11/03-5). Allfällige durch die mit der Nachprüfung einhergehenden Verzögerung nicht auszuschließende volkswirtschaftliche Nachteile reichten jedenfalls nicht hin. Zu den besonderen öffentlichen Interessen: Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zählten zu den besonderen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen, in erster Linie die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum (BVA 29.12.2003, 02N-147/03-5) oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen (VfSlg 14.982 aus 1997,). Nach der Spruchpraxis könnten öffentliche Interessen auch in volkswirtschaftlichen Erwägungen gründen, etwa durch die Verzögerung eines zusätzlichen Entwicklungs- und Innovationsschubes der österreichischen Volkswirtschaft oder durch das Entstehen eines gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsnachteiles (BVA 26.3.2004, 05N-20/04-22). Solche Nachteile seien jedoch nur relevant, wenn sie konkret aufgrund der Verzögerung drohen (BVA 5.3.2003, 15N11/03-5). Allfällige durch die mit der Nachprüfung einhergehenden Verzögerung nicht auszuschließende volkswirtschaftliche Nachteile reichten jedenfalls nicht hin.

Öffentliche Interessen würden jedoch auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bestehen (VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 9.1.2004, 1ON-3/04-4, BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14 uva). Dabei habe die Rechtsrichtigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe (BVA 23.12.2002, OIN- 73/01-21, BVA 20.1.2004, 03N-1/04-12).

Im gegenständlichen Vergabeverfahren würden Interessen am Schutz von im Vergleich zu den Bieterinteressen höherwertigen Rechtsgütern, wie Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum, offensichtlich nicht bestehen. Eine bloß potentielle Erhöhung der Verkehrssicherheit durch den Neubau einer Straße fließe nach der Spruchpraxis des BVA in keinem Fall in die Interessensabwägung ein (BVA 16.4.2003, 12N-32/03-6), zumal das Ziel der Festigung bzw Erhöhung der Verkehrssicherheit jeder straßenbaulichen Maßnahme charakteristischer Weise zu eigen, ohne dass a priori vom Überwiegen eines die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausschließenden öffentlichen Interesses ausgegangen werden könnte. Eine Interessenabwägung, die der durch die Verzögerung der Bauarbeiten potenziell erhöhten Gefährdung der Verkehrsteilnehmer jedenfalls den Vorzug geben würde, müsste regelmäßig zur Abweisung der einstweiligen Verfügung führen und stünde im eindeutigen Widerspruch mit der gesetzlich gebotenen, Einzelfall bezogen vorzunehmenden Interessenabwägung (BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14).

Auch volkswirtschaftliche Interessen fielen zumindest nicht derart ins Gewicht, dass sie eine Ausnahme vom Primat des Provisorialrechtsschutzes rechtfertigen könnten, wie sich schon aus dem zeitlichen Verlauf des Vergabeverfahrens ergebe: Bereits in der Präqualifikationsphase sei der ursprünglich in der Vergabebekanntmachung vom 14.9.2004 festgesetzte Schlusstermin für den Eingang der Bewerbungsunterlagen am 30.11.2004 mit Berichtigung durch Vergabebekanntmachung im Supplement zum EG-Amtsblatt vom 16.11.2004 auf den 17.12.2004 verlegt worden.

Zahlreiche der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnende Verzögerungen des Vergabeverfahrens würden dokumentieren, dass kein besonderes öffentliches Interesse am raschen Abschluss desselben bestehe und der Auftraggeber allfällige Schäden durch Beeinträchtigung besonderer öffentlicher Interessen, etwa auch

volkswirtschaftliche Interessen aus der verzögerten Auftragsdurchführung offensichtlich billigend in Kauf nehmen würde (vgl. BVA 26.3.2004, 05N-20/04-22 zur Interessensabwägung bei der Einführung der Chipcard aufgrund zahlreicher vergleichbarer "Pannen").Zahlreiche der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnende Verzögerungen des Vergabeverfahrens würden dokumentieren, dass kein besonderes öffentliches Interesse am raschen Abschluss desselben bestehe und der Auftraggeber allfällige Schäden durch Beeinträchtigung besonderer öffentlicher Interessen, etwa auch volkswirtschaftliche Interessen aus der verzögerten Auftragsdurchführung offensichtlich billigend in Kauf nehmen würde vergleiche BVA 26.3.2004, 05N-20/04-22 zur Interessensabwägung bei der Einführung der Chipcard aufgrund zahlreicher vergleichbarer "Pannen").

Auftraggeberinteressen, die durch die Verzögerung geschädigt werden könnten, würden nicht bestehen bzw. seien sie nicht beachtlich. Soweit die planmäßige Fertigstellung des Projektes durch die einstweilige Verfügung verzögert würde, habe sich die Auftraggeberin dies selbst zuzuschreiben. Besondere Interessen sonstiger Bieter, insbesondere der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, würden nicht bestehen.

Mit Schreiben vom 26. September 2006 brachte die Antragsgegnerin folgendes vor:

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 habe das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Interessenabwägung vorzunehmen und im Fall des Überwiegens "... der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung [den] Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen". Dabei sei eine Interessenabwägung zwischen den möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin und jenen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an einer zügigen Organisation des zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungsgegenstands vorzunehmen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 habe das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Interessenabwägung vorzunehmen und im Fall des Überwiegens "... der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung [den] Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen". Dabei sei eine Interessenabwägung zwischen den möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin und jenen des Auftraggebers und der Öffentlichkeit an einer zügigen Organisation des zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungsgegenstands vorzunehmen.

Zugestehen sei der Antragstellerin zunächst, dass durch eine Zuschlagserteilung an die Bestbieterin I*** der ausgeschriebene Baukonzessionsvertrag für sie "verloren" sei. Nach der Judikatur der Vergabekontrollinstanzen sei eine einstweilige Verfügung dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern (BVA vom 9.1.2004, 03N-1/04-7; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11), sohin die nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung im Sinne des § 329 Abs. 1 BVergG überwiegen. Ein solches Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung sei im vorliegenden Fall jedoch gegeben: Zugestehen sei der Antragstellerin zunächst, dass durch eine Zuschlagserteilung an die Bestbieterin I*** der ausgeschriebene Baukonzessionsvertrag für sie "verloren" sei. Nach der Judikatur der Vergabekontrollinstanzen sei eine einstweilige Verfügung dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern (BVA vom 9.1.2004, 03N-1/04-7; BVA 30.4.2003, 06N-41/03-11), sohin die nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG überwiegen. Ein solches Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung sei im vorliegenden Fall jedoch gegeben:

Eine Verzögerung der Zuschlagserteilung führe naturgemäß dazu, dass auch die Fertigstellung der ausgeschriebenen Leistungen erst später erfolgen könne. Gemäß Punkt 4.2.2 des Teils B.IV.4 der AU-LAFO habe die spätestmögliche Inbetriebnahme der einzelnen Straßenabschnitte der Konzessionsstrecke 34 bzw. 37 Monate nach Vertragsbeginn zu erfolgen.

Vertragsbeginn sei nach der Definition des Konzessionsvertrags (Teil B.III der AULAFO) der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung. Je später der Zuschlag erteilt würde, umso später könne daher eine Inbetriebnahme der einzelnen Straßenabschnitte der Konzessionsstrecke erfolgen und umso später gelange die ASFINAG in den "Genuss" von Mauteinnahmen der Straßenbenutzer, welche die vom Konzessionär auf Grund dieser Ausschreibung zu errichtenden Bundesstraßen nutzen.

In der Judikatur des Bundesvergabeamtes sei anerkannt, dass ein möglicher Einnahmenentfall des öffentlichen Auftraggebers ein besonderes öffentliches Interesse darstelle. In seiner Entscheidung vom 22.5.2000, N-27/00-8 habe demgemäß das Bundesvergabeamt einen Einnahmenausfall aus der LKW-Maut ausdrücklich als ein besonderes

öffentliches Interesse angesehen. Dass eine Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens, d.h. der Zuschlagserteilung, somit einen unwiederbringlichen Schaden im Hinblick auf "entgehende LKW-Maut-Einnahmen" der Antragsgegnerin mit sich brächte, sei evident, da eine verzögerte Zuschlagserteilung zu einer verzögerten Inbetriebnahme der (aller) Straßenabschnitte der Konzessionsstrecke und sohin der gesamten Konzessionsstrecke führe. Aus einer Verzögerung der Zuschlagserteilung um sechs Wochen und einer damit einhergehenden 6-wöchigen späteren Inbetriebnahme der (aller) Straßenabschnitte der Konzessionsstrecke resultiere ein Einnahmenausfall aus dem Titel LKW-Maut in Höhe von zumindest Euro 1,3 Mio. Dieser Schaden sei für die Antragsgegnerin bei Erlassung der einstweiligen Verfügung jedenfalls unwiederbringlich.

Diesem bei Erlassung der Beantragung der einstweiligen Verfügung sicheren Schaden der Antragsgegnerin stehe der von der Antragstellerin behauptete Schaden der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren gegenüber, der allerdings bereits entstanden sei und demgemäß durch die Zuschlagserteilung an ein anderes Bieterkonsortium nicht "drohe". Der von der Antragstellerin behauptete Schaden in Form des Erfüllungsinteresses könne jedoch aus dem im Vorverfahren zu GZ N0054BVA/09/2006 dargelegten Gründen gar nicht eintreten, sodass bei der Interessenabwägung auf diesen auch nicht Bedacht zu nehmen sei.

Wie sich nicht zuletzt auch aus den Medienberichten der letzten Tage und Wochen entnehmen ließe, bestehe zudem ein wesentliches Interesse vieler Anrainerortschaften, dass es durch die Einhaltung des frühest möglichen Baubeginns (und damit auch die Einhaltung der frühest möglichen Baubeendigung) zum frühest möglichen Zeitpunkt - und damit ohne weitere unnötige Verzögerung - zur Inbetriebnahme der A5 Nordautobahn komme und damit eine wesentliche Verkehrsentslastung in den betroffenen Ortschaften erreicht würde. Dieses öffentliche Interesse der Bevölkerung an der ehest möglichen Herbeiführung einer wesentlichen Verkehrsentlastung durch die A5 leite sich nicht bloß aus dem Umstand ab, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt ein Großteil des Fernverkehrs zwischen Österreich und Tschechien seit der Ostöffnung direkt durch viele Ortsgebiete role. Vielmehr würde sich dieses Interesse aus den nicht unwesentlichen Gesundheitsrisiken die mit der hohen Verkehrsbelastung verbunden seien, ergeben. Dabei sei nicht nur die dauernde und daher gesundheitsschädliche Lärmbelastung zu nennen, sondern vor allem auch die direkt in den Ortszentren vorhandene Abgas- und Feinstaubbelastung. Verbunden mit der ständig ansteigenden Verkehrsfrequenz habe dies alles mittlerweile ein Ausmaß erreicht, das keinen weiteren Aufschub des Baubeginns mehr dulde.

Demgemäß würden die Interessen der Antragsgegnerin jene der Antragstellerin bei Weitem überwiegen, sodass beantragt wird, die beantragte einstweilige Verfügung abzuweisen.

Rechtliche Würdigung

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Der gegenständliche Auftrag wurde als Baukonzessionsvertrag iSv § 3 Abs. 2 BVergG 2002 ausgeschrieben. Es handelt sich dabei um die Vergabe einer Konzession an einen privaten Betreiber für die Realisierung des Projektes "PPP Ostregion - Paket 1" (S1 Korneuburg - Süßenbrunn, A5 Süd, S2 Umfahrung Süßenbrunn). Auftraggeberin bzw. Konzessionsgeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Die gesetzliche Grundlage der ASFINAG wurde im Jahr 1982 mit dem ASFINAG-Gesetz (BGBl 591/1982 idF BGBl I 26/2006) geschaffen. Gemäß Artikel II § 2 Abs. 1 ASFINAG-Gesetz umfasst der Unternehmensgegenstand der ASFINAG die Finanzierung, die Planung, den Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen, einschließlich der hiezu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der ASFINAG mit Ermächtigung des Bundesministeriums für Finanzen gemäß Art. II § 5 ASFINAG-Gesetz eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für den Gesellschaftszweck eingegangen wurden. Der gegenständliche Auftrag wurde als Baukonzessionsvertrag iSv Paragraph 3, Absatz 2, BVergG 2002 ausgeschrieben. Es handelt sich dabei um die Vergabe einer Konzession an einen privaten Betreiber für die Realisierung des Projektes "PPP Ostregion - Paket 1" (S1 Korneuburg - Süßenbrunn, A5 Süd, S2 Umfahrung Süßenbrunn). Auftraggeberin bzw. Konzessionsgeberin ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Die gesetzliche Grundlage der ASFINAG wurde im Jahr 1982 mit dem ASFINAG-Gesetz Bundesgesetzblatt 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 26 aus 2006,) geschaffen. Gemäß Artikel römisch zwei Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz umfasst der Unternehmensgegenstand der ASFINAG die Finanzierung, die Planung, den Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen, einschließlich der hiezu notwendigen und

zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von zeit- und fahrleistungsabhängigen Mauten von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von der ASFINAG mit Ermächtigung des Bundesministeriums für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, ASFINAG-Gesetz eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für den Gesellschaftszweck eingegangen wurden.

Mit dem ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 (BGBl I 113/1997 idBGBl I 26/2006) wurde der ASFINAG das Fruchtgenussrecht (§§ 509 ff ABGB) an allen Bestandteilen bestehender und künftig zu errichtender Bundesstraßen übertragen. Die ASFINAG ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel II § 9 Abs. 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14b Abs. 2 lit.d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben. Mit dem ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, 113 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 26 aus 2006,) wurde der ASFINAG das Fruchtgenussrecht (Paragraphen 509, ff ABGB) an allen Bestandteilen bestehender und künftig zu errichtender Bundesstraßen übertragen. Die ASFINAG ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14b Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes gegeben.

Anzuwendende Rechtslage:

Das vorliegende Vergabeverfahren wurde nach den Bestimmungen des BVergG 2002 durchgeführt. Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 gelten für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der erste bis dritte Teil des BVergG 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind hinsichtlich der materiellen Bestimmungen nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Daraus folgt, dass für das gegenständliche Vergabeverfahren weiterhin der erste bis dritte Teil des BVergG 2002 sowie hinsichtlich des Rechtsschutzes der vierte Teil des BVergG 2006 anwendbar ist. Das vorliegende Vergabeverfahren wurde nach den Bestimmungen des BVergG 2002 durchgeführt. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 gelten für die im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der erste bis dritte Teil des BVergG 2006 nicht. Diese Vergabeverfahren sind hinsichtlich der materiellen Bestimmungen nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Daraus folgt, dass für das gegenständliche Vergabeverfahren weiterhin der erste bis dritte Teil des BVergG 2002 sowie hinsichtlich des Rechtsschutzes der vierte Teil des BVergG 2006 anwendbar ist.

Zulässigkeit des Antrages:

Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde innerhalb der Antragsfrist des § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 eingebracht. Er wurde zusammen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. September 2006 fristgerecht eingebracht und genügt den formalen Anforderungen des § 322 Abs. 1 BVergG 2006. Ein Ausschlussgrund nach § 322 Abs. 2 BVergG 2006 liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung ein massives Interesse an der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Die Frage der Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung ist nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern ist dem Nachprüfungsverfahren vorbehalten. Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde innerhalb der Antragsfrist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 eingebracht. Er wurde zusammen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8. September 2006 fristgerecht eingebracht und genügt den formalen Anforderungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG 2006. Ein Ausschlussgrund nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG 2006 liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung ein massives Interesse an der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Die Frage der Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung ist nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern ist dem Nachprüfungsverfahren vorbehalten.

Zur einstweiligen Verfügung:

Nach § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 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. Nach Abs 3 dieser Bestimmung ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten gestellt wurde, wenn er vor Ablauf in § 321 BVergG festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird. Nach § 328 Abs 2 BVergG ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen. Nach § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicher Weise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Nach § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Nach Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 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. Nach Absatz 3, dieser Bestimmung ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten gestellt wurde, wenn er vor Ablauf in Paragraph 321, BVergG festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird. Nach Paragraph 328, Absatz 2, BVergG ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen. Nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicher Weise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Nach Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche die 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche die 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.

In ihrer Stellungnahme vom 26. September 2006 führt die Antragsgegnerin aus, dass ein möglicher Einnahmenentfall des öffentlichen Auftraggebers ein besonderes öffentliches Interesse darstelle. Aus einer Verzögerung der Zuschlagserteilung um sechs Wochen und einer damit einhergehenden 6-wöchigen späteren Inbetriebnahme der Straßenabschnitte der Konzessionsstrecke resultiere ein Einnahmenausfall aus dem Titel LKW-Maut in Höhe von zumindest Euro 1,3 Mio. Dieser Schaden sei für die Antragsgegnerin bei Erlassung der einstweiligen Verfügung jedenfalls unwiederbringlich. Auch das öffentliche Interesse an der ehest möglichen Herbeiführung einer wesentlichen

Verkehrsentlastung durch die A5 leite sich nicht bloß aus dem Umstand ab, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt ein Großteil des Fernverkehrs zwischen Österreich und Tschechien seit der Ostöffnung direkt durch viele Ortsgebiete rolle. Vielmehr würde sich dieses Interesse aus den nicht unwesentlichen Gesundheitsrisiken die mit der hohen Verkehrsbelastung verbunden seien, ergeben. Dabei sei nicht nur die dauernde und daher gesundheitsschädliche Lärmbelastung zu nennen, sondern vor allem auch die direkt in den Ortszentren vorhandene Abgas- und Feinstaubbelastung. Verbunden mit der ständig ansteigenden Verkehrsfrequenz habe dies alles mittlerweile ein Ausmaß erreicht, das keinen weiteren Aufschub des Baubeginns mehr dulde.

Dieser Argumentation der Antragsgegnerin ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine bloß potentielle Erhöhung der Verkehrssicherheit durch den Neubau einer Straße in keinem Fall in die Interessensabwägung des BVA einfließt, zumal das Ziel der Festigung bzw Erhöhung der Verkehrssicherheit und Reduzierung der Schadstoffbelastung jeder straßenbaulichen Maßnahme charakteristischer Weise zueigen ist, ohne dass a priori vom Überwiegen eines die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausschließenden öffentlichen Interesses ausgegangen werden kann. Eine Interessenabwägung, die der durch die Verzögerung der Bauarbeiten potenziell erhöhten Gefährdung der Verkehrsteilnehmer jedenfalls den Vorzug geben würde, müsste regelmäßig zur Abweisung der einstweiligen Verfügung führen und stünde im eindeutigen Widerspruch mit der gesetzlich gebotenen, Einzelfall bezogen vorzunehmenden Interessenabwägung.

Die von der Antragsgegnerin angeführten volkswirtschaftlichen Interessen können jedoch nicht derart überzeugen, dass von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgesehen werden kann. Die zu erwartende verspäteten Mauteinnahmen fallen zumindest in Hinblick auf den drohenden Schaden der Antragstellerin nicht derart ins Gewicht, dass sie eine Ausnahme vom Primat des Provisorialrechtsschutzes rechtfertigen können. Auch die bereits eingetretenen Verzögerungen die sich aus dem zeitlichen Verlauf des Vergabeverfahrens ergeben, sprechen gegen das Argument einer besonderen Dringlichkeit.

Nach der ständigen Spruchpraxis des BVA ist eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine einstweilige Verfügung im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens bereits von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung zu berücksichtigen; jeder Auftraggeber hat mit der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens zu rechnen. Auch die Öffentlichkeit hat ein Interesse an der Aufrechterhaltung und Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen bzw im BVergG 2002 und BVergG 2006 normierten Verfahrensgarantien; dazu bedürfe es allerdings der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung.

Dokumentnummer

VERGT_20060926_N_0077_BVA_09_2006_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