

TE Verg Bescheid 2006/9/26 N/0078-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*** vertreten 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, "das Bundesvergabeamt möge der Autobahnen und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Stellung des

Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung untersagen, den Zuschlag im Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" zu erteilen", wird stattgegeben.

Der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wird bis längstens 2. November 2006 untersagt, der Bietergemeinschaft "F***" den Zuschlag zu erteilen.

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

Begründung

Die Bietergemeinschaft A***, 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 beantragt.

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

Mit dem Projekt "PPP Ostregion - Paket 1" solle in Österreich durch die Vergabe einer Konzession an einen privaten Betreiber erstmals eine alternative Finanzierung für die Realisierung der "A5"(Nordautobahn), der "S1" (Wiener Außenring Schnellstraße) und der "S2" (Wiener Nordrand Schnellstraße) möglich werden. Die ASFINAG verfolge damit einerseits das Ziel des Aufbaus alternativer Wettbewerbsstrukturen für die Errichtung und den Betrieb von hochrangigen Straßen; sie beabsichtige damit andererseits eine Optimierung der Kosten bei höchstmöglichem Risikotransfer an einen privaten Betreiber.

Die Entscheidung für den Ausbau des höherrangigen Straßennetzes in der Ostregion als PPP in Form von Konzessionsmodellen sei bereits im Dezember 2003 gefallen. Die ASFINAG habe daraufhin das "Straßenprogramm Ostregion" aufgestellt; dieses umfasse rund 113 km, wobei die geschätzten Baukosten insgesamt ca. EUR 3,1 Mrd betragen sollen. Die geplanten Neubauvorhaben sollen in vier Pakten gestaffelt zur Ausschreibung gelangen:

- -Strichaufzählung
Paket 1 ("Ypsilon"): "S1" Korneuburg - Süßenbrunn, "A5" Süd, "S2" Umfahrung Süßenbrunn (geschätzte Baukosten: EUR 850 Mio);
- -Strichaufzählung
Paket 2 ("A5 Nord"): "A5" Schrick - Drasenhofen (geschätzte Baukosten: EUR 260 Mio), evtl grenzüberschreitend bis Pohorlitz (geschätzte Baukosten: insgesamt EUR 105 Mio);
- -Strichaufzählung
Paket 3 ("Ölhafen"): "S1" Abschnitte im Bereich Ölhafen (Donauquerung und Lobauquerung) (geschätzte Baukosten: EUR 1.370 Mio);
- -Strichaufzählung
Paket 4 ("A22"): Verlängerung der "A22" bis zur "A4" und Ausbau der "A4" bis Schwechat (geschätzte Baukosten: EUR 610 Mio).

Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung für das 1. Paket sei mit gemeinschaftsweiter Bekanntmachung vom 14.09.2004 erfolgt. Für das Paket 2 und dessen Anschluss an das hochrangige Straßennetz auf tschechischer Seite würden derzeit Abstimmungen mit den Verantwortlichen in Tschechien vorgenommen. Für kurze aber aufwendige Teilstrecken der Pakete 3 und 4 sei angedacht, den Betrieb bestehender Strecken in die Pakete zu inkludieren.

Im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens solle das "Paket 1" des "Straßenprogramms Ostregion" beauftragt werden. Gegenstand dieser Ausschreibung sei die Vergabe eines Baukonzessionsvertrags zur Erbringung insbesondere der Planung, der Errichtung, der Finanzierung und des Betriebs von Teilen der "A5" (Nordautobahn), der "S2" (Wiener Nordrand Schnellstraße) und der "S1" (Wiener Außenring Schnellstraße); weiters die Planung, die Errichtung und die Finanzierung von sonstigen Bauwerken.

Die Konzessionsstrecke, die eine Anbindung des Weinviertels an den Großraum Wien und den nördlichen Teil des Wiener Umfahrungsringes herstellen solle, habe eine Gesamtlänge von ca 51 km und umfasse die Streckenabschnitte:

- -Strichaufzählung

- A5 Nord Autobahn Eibesbrunn - Schrick (A5 Süd);
- -Strichaufzählung
- S2 Wiener Nordrand Schnellstraße Umfahrung Süßenbrunn (A2 Süßenbrunn);
- -Strichaufzählung
- S1 Wiener Außenring Schnellstraße Abschnitt Wien/NÖ bis Knoten Eibesbrunn A5/S1/B7 (S1 Ost) und
- -Strichaufzählung
- S1 Wiener Außenring Schnellstraße Abschnitt A5/B7 bis Knoten Korneuburg A22/S1 (S1 West).

Mitumfasst seien dabei u.a. die Raststätten, die landschaftspflegerischen und landschaftsökologischen Maßnahmen sowie die Verkehrsbeeinflussungsanlagen und Verkehrszähleinrichtungen.

Mit gemeinschaftsweiter Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union vom 14.09.2004, ABI S 179/2004 Nr. 153379, habe die ASFINAG das Verfahren für die beabsichtigte Vergabe des Projekts "PPP Ostregion - Paket 1" eingeleitet; national wäre die Bekanntmachung in der Wiener Zeitung erfolgt. Mit gemeinschaftsweiter Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union vom 14.09.2004, ABI S 179 aus 2004, Nr. 153379, habe die ASFINAG das Verfahren für die beabsichtigte Vergabe des Projekts "PPP Ostregion - Paket 1" eingeleitet; national wäre die Bekanntmachung in der Wiener Zeitung erfolgt.

Die Vergabe des für die Dauer von 33 Jahren abzuschließenden Baukonzessionsvertrags solle der Bekanntmachung zufolge im Wege des Verhandlungsverfahrens nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung im Oberschwellenbereich erfolgen; der Zuschlag solle nach dem "Bestbieterprinzip" auf das - gemäß den in der Ausschreibungsunterlage bekannt gegebenen Zuschlagskriterien - technisch und wirtschaftlich günstigste letztgültige Angebot erfolgen.

Es seien drei Berichtigungen der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung erfolgt: Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union vom 15.9.2004, ABI S 180/2004 Nr. 153781, vom 18.9.2004, ABI S 183/2004 Nr. 156038 und vom 16.11.2004, ABI S 223/2004 Nr 191818. Diese Berichtigungen hätten einerseits die Eignungsnachweise und die Auswahlkriterien, andererseits die Erstreckung der Teilnahmefrist betroffen. Es seien drei Berichtigungen der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung erfolgt: Bekanntmachung im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union vom 15.9.2004, ABI S 180 aus 2004, Nr. 153781, vom 18.9.2004, ABI S 183 aus 2004, Nr. 156038 und vom 16.11.2004, ABI S 223 aus 2004, Nr 191818. Diese Berichtigungen hätten einerseits die Eignungsnachweise und die Auswahlkriterien, andererseits die Erstreckung der Teilnahmefrist betroffen.

Mit Telefax vom 8.9.2006, PPP-2.029/PL/ST habe die ASFINAG die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. Demnach sei beabsichtigt der Bietergemeinschaft F*** den Zuschlag zu erteilen.

Zur Zulässigkeit des Antrages führt die Antragstellerin wie folgt aus:

Die ASFINAG sei eine zu FN 92191a ins Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragene Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von EUR 392.433.304,51. Ihre Anteile sind gemäß Art 11 § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100% dem Bund vorbehalten. Außerdem würden die ASFINAG gemäß Art 11 § 9 Abs 2 ASFINAG-Gesetz umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund treffen. Es handle sich mithin bei der ASFINAG um eine öffentliche Einrichtung im Sinn des § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 (bzw des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006). Aufgrund der Eigentumsverhältnisse wurde die ASFINAG nach Art 14b Abs 2 lit d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen; die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes sei mithin gegeben (vgl zuletzt BVA 09.05.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008). Die ASFINAG sei eine zu FN 92191a ins Firmenbuch des Handelsgerichts Wien eingetragene Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von EUR 392.433.304,51. Ihre Anteile sind gemäß Artikel 11, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100% dem Bund vorbehalten. Außerdem würden die ASFINAG gemäß Artikel 11, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund treffen. Es handle sich mithin bei der ASFINAG um eine öffentliche Einrichtung im Sinn des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 (bzw des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006). Aufgrund der Eigentumsverhältnisse wurde die ASFINAG nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen; die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes sei mithin gegeben vergleiche zuletzt BVA 09.05.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008).

Angefochtene Entscheidung

Der vorliegende Nachprüfungsantrag richte sich gegen die mit Telefax am 08.09.2006 von der ASFINAG übermittelte "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung". Darin würde mitgeteilt, dass die ASFINAG "beabsichtigt, den Zuschlag nach

Ablauf der Stillhaltefrist, welche am 22.09.2006 endet, an den gemäß All Punkt 13.2 der Einladung zur Legung der letztgültigen Angebote (AULAFO) ermittelten und bekannt gegebenen Bestbieter, die Bietergemeinschaft F***, zu erteilen."

Gemäß § 20 Z 13 lit a sublit dd BVerG 2002 sei die Zuschlagsentscheidung im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine gesondert anfechtbare Entscheidung; diese könne gemäß § 320 Abs 1 BVerG 2006 mit einem Antrag auf Nachprüfung bekämpft werden. Gemeinsam mit der gesondert anfechtbaren Entscheidung könnten alle ihr zeitlich vorhergehenden und nicht gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen angefochten werden. Das BVA habe in seiner rechtskräftigen - und damit auch das BVA nunmehr selbst bindenden - Vorentscheidung vom 21.08.2006, GZ N/0054-BVA/09/2006 und GZ N/0055BVA/09/2006, klar festgestellt, dass die als "sonstige Festlegung" bezeichnete Bekanntgabe der Bewertung der letztgültigen Angebote vom 22.06.2006 nicht gesondert anfechtbar sei. Gemäß BVA könnten "vermeintliche Rechtswidrigkeiten im Zusammenhang mit der Bekanntgabe der Bestbieterermittlung gemeinsam mit der Anfechtung der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung, geltend machen werden und kann daher keine Präklusion eintreten." Gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVerG 2002 sei die Zuschlagsentscheidung im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine gesondert anfechtbare Entscheidung; diese könne gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVerG 2006 mit einem Antrag auf Nachprüfung bekämpft werden. Gemeinsam mit der gesondert anfechtbaren Entscheidung könnten alle ihr zeitlich vorhergehenden und nicht gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen angefochten werden. Das BVA habe in seiner rechtskräftigen - und damit auch das BVA nunmehr selbst bindenden - Vorentscheidung vom 21.08.2006, GZ N/0054-BVA/09/2006 und GZ N/0055BVA/09/2006, klar festgestellt, dass die als "sonstige Festlegung" bezeichnete Bekanntgabe der Bewertung der letztgültigen Angebote vom 22.06.2006 nicht gesondert anfechtbar sei. Gemäß BVA könnten "vermeintliche Rechtswidrigkeiten im Zusammenhang mit der Bekanntgabe der Bestbieterermittlung gemeinsam mit der Anfechtung der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung, nämlich der Zuschlagsentscheidung, geltend machen werden und kann daher keine Präklusion eintreten."

Rechtzeitigkeit des Antrags

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVerG 2006 seien Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - sofern nicht ausdrücklich anderes normiert ist - binnen 14 Tagen ab jenem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt habe oder erlangen hätte können. Die nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung der ASFINAG sei A*** per Telefax am 08.09.2006 zugestellt worden. Die Stillhaltefrist gemäß § 100 Abs 2 BVerG 2002 ende am 22.09.2006; der vorliegende Nachprüfungsantrag erfolge mithin rechtzeitig innerhalb der Zulagsfrist des § 100 Abs 2 BVerG 2002 bzw innerhalb der diesbezüglichen Frist für Nachprüfungsanträge gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVerG 2006. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006 seien Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - sofern nicht ausdrücklich anderes normiert ist - binnen 14 Tagen ab jenem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt habe oder erlangen hätte können. Die nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung der ASFINAG sei A*** per Telefax am 08.09.2006 zugestellt worden. Die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 100, Absatz 2, BVerG 2002 ende am 22.09.2006; der vorliegende Nachprüfungsantrag erfolge mithin rechtzeitig innerhalb der Zulagsfrist des Paragraph 100, Absatz 2, BVerG 2002 bzw innerhalb der diesbezüglichen Frist für Nachprüfungsanträge gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVerG 2006.

Interesse am Vertragsabschluss

Die A*** habe ihr Interesse am Vertragsabschluss insb durch ihre Beteiligung am Vergabeverfahren (Stellung eines Teilnahmeantrags, Legung von Erstangeboten, Führung umfangreicher Verhandlungen in Vorbereitungsgruppen und Verhandlungsteams, Legung eines letztgültigen Angebots) sowie durch die Einleitung des ersten Nachprüfungsverfahrens beim BVA zu GZ N/0054-BVA/09/2006 dargetan. Die A*** habe weiterhin größtes wirtschaftliches und strategisches Interesse am Projekt, nicht zuletzt auch aufgrund der im Rahmen des gesamten Vergabeverfahrens aufgelaufenen hohen Kosten. Ihr Interesse am Vertragsabschluss würde überdies durch den vorliegenden (zweiten) Nachprüfungsantrag bekundet.

Drohender Schaden

Würde dem Antrag der A*** auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben, so sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit einer Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft F*** zu rechnen; damit hätte A*** aber keine Chance mehr auf den ausschreibungsgegenständlichen Auftrag.

Sollte A*** nach der Bewertung des letztgültigen Angebots nicht als Bestbieter aus dem Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" hervorgehen und ihr deshalb nicht der Zuschlag erteilt werden, so würden die bereits entstandenen Kosten für die Teilnahme am gesamten Vergabeverfahren - beginnend von der Präqualifikationsphase, der ersten Angebotsphase und der ersten Angebotslegung über die Verhandlungsphase bis hin zur LAFO-Legung - eine definitive Belastung darstellen. Der A*** drohe ein Schaden in Höhe der im Rahmen des Vergabeverfahrens angefallenen Angebotserstellungskosten (externe Beratungskosten, interne Kosten etc).

Zwar bekäme jeder Bieter, der den Zuschlag nicht erhalten hat, für die Ausarbeitung seiner Erstantgebote eine pauschale Vergütung in Höhe von EUR 200.000,00 sowie für den Aufwand für die Vertragsverhandlungen und die Ausarbeitung seines letztgültigen Angebotes eine zusätzliche pauschale Vergütung in Höhe von EUR 800.000,00; die Auszahlung der pauschalen Vergütung sei von der ASFINAG gemeinsam mit der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 08.09.2006 in Aussicht gestellt worden. Diese pauschale Vergütung von insgesamt EUR 1 Mio decke jedoch nur einen Bruchteil der tatsächlich angefallenen Kosten der Angebotserstellung.

Im Rahmen des Vorverfahrens habe die ASFINAG mehrfach behauptet, das Angebot hätte als (damals) drittgereihtes Angebot deshalb keine Aussicht auf den Zuschlag, weil A*** ein für die ASFINAG "unwirtschaftliches" Angebot gelegt hätte. Nach Ansicht der ASFINAG komme das Angebot für eine Zuschlagserteilung nur dann in Betracht, wenn die Angebote der beiden Mitbewerber (F*** und G**) auszuscheiden wären; diesfalls - so die ASFINAG zB in ihrer Stellungnahme vom 19.07.2006 - würde sie von ihrem Recht gemäß § 105 Abs 2 Z 2 BVergG 2002 Gebrauch machen und die Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen. Im Rahmen des Vorverfahrens habe die ASFINAG mehrfach behauptet, das Angebot hätte als (damals) drittgereihtes Angebot deshalb keine Aussicht auf den Zuschlag, weil A*** ein für die ASFINAG "unwirtschaftliches" Angebot gelegt hätte. Nach Ansicht der ASFINAG komme das Angebot für eine Zuschlagserteilung nur dann in Betracht, wenn die Angebote der beiden Mitbewerber (F*** und G**) auszuscheiden wären; diesfalls - so die ASFINAG zB in ihrer Stellungnahme vom 19.07.2006 - würde sie von ihrem Recht gemäß Paragraph 105, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 Gebrauch machen und die Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen.

Dass das Angebot der A*** eine Aussicht auf Zuschlag habe, kann nicht in Abrede gestellt werden: Feststehe, dass ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt worden sei und auch zu keinem Zeitpunkt aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden wäre. Folge man den Medienberichten der letzten Tage und Wochen, so wäre das Angebot der G** aus formalen Gründen ausgeschieden worden. Damit stehe jedoch unstrittig fest, dass das Angebot der A*** zumindest das zweitgereimte Angebot im Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" sei.

Dies sei deshalb von Bedeutung, weil das Angebot der prospektiven Zuschlagsempfängerin F*** tatsächlich nicht wirtschaftlich günstiger als das Angebot von A*** sei; vielmehr wäre auch dieses zwingend auszuscheiden gewesen. Damit wäre das Angebot von A*** das einzige und auch wirtschaftlich günstigste im Verfahren verbleibende Angebot, auf das auch zugeschlagen werden müsse. Die von ASFINAG bereits mehrfach behauptete Absicht, das Vergabeverfahren diesfalls zu widerrufen, vermöge nichts an dem Umstand zu ändern, dass das Angebot von A*** als einziges Angebot Aussicht auf den Zuschlag hätte; die Antragslegitimation könne somit nicht in Frage stehen

Verletzte Rechte

Die verfahrensgegenständliche Zuschlagsentscheidung der ASFINAG vom 08.09.2006 verletze die A*** in folgenden - teils gemeinschaftsrechtlich, teils durch das BVergG 2002 bzw das BVergG 2006 gewährleisteten - subjektiven Rechten:

- . Recht auf Bietergleichbehandlung bzw Nichtdiskriminierung;
- . Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs;
- . Grundsatz der Vertraulichkeit;
- . Recht auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung;
- . Recht auf Zuschlagserteilung an das Angebot der A*** als wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot;

. Grundsatz der Vergabe nur an geeignete und zuverlässige Bieter;

. Grundsatz der Vergabe nur zu angemessenen Preisen.

Einzahlung der Gebühren

Die Pauschalgebühren gemäß § 318 iVm Anh XIX BVergG 2006 seien vor Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrags unwiderruflich an das Bundesvergabeamt überwiesen worden. Die Pauschalgebühren gemäß Paragraph 318, in Verbindung mit Anh römisch neunzehn BVergG 2006 seien vor Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrags unwiderruflich an das Bundesvergabeamt überwiesen worden.

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 Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer solchen Einstweiligen Verfügung seien 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 Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer solchen Einstweiligen Verfügung seien erfüllt:

Die A*** habe die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der ASFINAG vom 08.09.2006 beantragt. Einem derartigen Antrag auf Nachprüfung komme gemäß § 320 Abs 3 BVergG 2006 - ebenso wie nach dem BVergG 2002 (vgl § 163 Abs 4 BVergG 2002) - per se keine aufschiebende Wirkung zu. Deshalb sei zum Schutz der Rechte der A*** und ihrer Mitglieder die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung unbedingt erforderlich, wonach der ASFINAG die Zuschlagerteilung, insb an den bekannt gegebenen Bestbieter, die Bietergemeinschaft F***, untersagt würde. Die A*** habe die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der ASFINAG vom 08.09.2006 beantragt. Einem derartigen Antrag auf Nachprüfung komme gemäß Paragraph 320, Absatz 3, BVergG 2006 - ebenso wie nach dem BVergG 2002 (vergleiche Paragraph 163, Absatz 4, BVergG 2002) - per se keine aufschiebende Wirkung zu. Deshalb sei zum Schutz der Rechte der A*** und ihrer Mitglieder die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung unbedingt erforderlich, wonach der ASFINAG die Zuschlagerteilung, insb an den bekannt gegebenen Bestbieter, die Bietergemeinschaft F***, untersagt würde.

Wie das BVA in seiner Rechtsprechung betone, diene die Einstweilige Verfügung dazu, durch behördliche Maßnahmen zu verhindern, dass zu Lasten der rechtsschutzsuchenden Bieter vollendete Tatsachen geschaffen würden, die für den Antragsteller einen nicht wieder gutzumachenden Schaden bedeuteten (so auch BVA 27.07.2006, N/0054-BVAI09/2006-33). Da die Zuschlagsentscheidung am 08.09.2006 bekannt gegeben wurde, sei zu befürchten, dass die ASFINAG unmittelbar davor stehe, den Zuschlag nach Ablauf der Stillhaltefrist an die F*** zu erteilen.

Mit Schreiben vom 08.09.2006 (Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) habe nun die ASFINAG ihre Absicht bekannt gegeben, "den Zuschlag nach Ablauf der Stillhaltefrist, welche am 22.09.2006 endet, an den gemäß All Punkt 13.2 der Einladung zur Legung der letztgültigen Angebote (AU-LAFO) ermittelten und bekannt gegebenen Bestbieter, die Bietergemeinschaft F***, zu erteilen." Damit drohe die Zuschlagserteilung an F***; es liege also jener Fall vor, für den das BVA im Bescheid vom 27.07.2006 die Einstweilige Verfügung (bzw deren Fortbestehen) für berechtigt gehalten hätte.

Dass die Erlassung der von A*** begehrten Einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung ihrer Rechte unerlässlich sei, sei evident: Das BVA habe den ersten zu GZ N/0054-BVA/09/2006 protokollierten Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass das mit "sonstiger Festlegung" bekannt gegebene Ergebnis der Bestbieterermittlung nicht gesondert anfechtbar sei. Alle Argumente gegen die Bestbieterermittlung könnten und müssten also im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 vorgetragen werden; Präklusion könne nicht eintreten (so BVA 21.08.2006, GZ N/0054- BVA/09/2006-48 und GZ N/0054-BVA/09/200645, Seite 53). Damit sei ein gegen die Zuschlagsentscheidung eingeleitetes Nachprüfungsverfahren nach Ansicht des BVA die erste und gleichzeitig letzte Möglichkeit, Rechtswidrigkeiten im Nachprüfungsverfahren aufzuzeigen und Rechtsschutz zu suchen. Da allerdings Nichtigerklärungsanträgen ex lege keine aufschiebende Wirkung zukomme, bedürfe es der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, um rechtliche Interessen auch effektiv durchsetzen zu können. Dass die Erlassung der von A*** begehrten Einstweiligen Verfügung

zur Durchsetzung ihrer Rechte unerlässlich sei, sei evident: Das BVA habe den ersten zu GZ N/0054-BVA/09/2006 protokollierten Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass das mit "sonstiger Festlegung" bekannt gegebene Ergebnis der Bestbieterermittlung nicht gesondert anfechtbar sei. Alle Argumente gegen die Bestbieterermittlung könnten und müssten also im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, BVergG 2002 vorgetragen werden; Präklusion könne nicht eintreten (so BVA 21.08.2006, GZ N/0054-BVA/09/2006-48 und GZ N/0054-BVA/09/200645, Seite 53). Damit sei ein gegen die Zuschlagsentscheidung eingeleitetes Nachprüfungsverfahren nach Ansicht des BVA die erste und gleichzeitig letzte Möglichkeit, Rechtswidrigkeiten im Nachprüfungsverfahren aufzuzeigen und Rechtsschutz zu suchen. Da allerdings Nichtigerklärungsanträgen ex lege keine aufschiebende Wirkung zukomme, bedürfe es der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, um rechtliche Interessen auch effektiv durchsetzen zu können.

Würde die beantragte Einstweilige Verfügung nicht erlassen, drohe die Zuschlagserteilung an F*** und das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" wäre beendet (vgl § 103 BVergG 2002). Mit der Zuschlagserteilung vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA wäre das Interesse am gegenständlichen Auftrag insofern konterkariert, als A*** lediglich auf den zivilrechtlichen Schadenersatz verwiesen wären. A*** wäre damit die Möglichkeit genommen, den Zuschlag im Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" zu erhalten; die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren (inklusive Beratungskosten) sowie die Kosten der Rechtsvertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wären endgültig verloren. Würde die beantragte Einstweilige Verfügung nicht erlassen, drohe die Zuschlagserteilung an F*** und das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" wäre beendet (vergleiche Paragraph 103, BVergG 2002). Mit der Zuschlagserteilung vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA wäre das Interesse am gegenständlichen Auftrag insofern konterkariert, als A*** lediglich auf den zivilrechtlichen Schadenersatz verwiesen wären. A*** wäre damit die Möglichkeit genommen, den Zuschlag im Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" zu erhalten; die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren (inklusive Beratungskosten) sowie die Kosten der Rechtsvertretung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wären endgültig verloren.

Der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung stünden auch keine berücksichtigungswürdigen öffentlichen Interessen bzw Interessen der ASFINAG auf unverzügliche Fortführung des Vergabeverfahrens "PPP Ostregion - Paket 1" durch Erteilung des Zuschlags entgegen. Dies zunächst schon deshalb, weil nach der ständigen Spruchpraxis des BVA eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine Einstweilige Verfügung im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens bereits von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung berücksichtigt werden müsse (vgl zB BVA 17.07.1998, N 22/98-9 uva); jeder Auftraggeber müsse mit der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens rechnen. Das Überwiegen des Interesses an der Einhaltung eines knappen Bauzeitplans ohne Einberechnung des möglichen Nachprüfungsverfahrens würde den gebotenen Rechtsschutz verhindern (so BVA 19.12.2003, 17N-134/03-9 uva). Der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung stünden auch keine berücksichtigungswürdigen öffentlichen Interessen bzw Interessen der ASFINAG auf unverzügliche Fortführung des Vergabeverfahrens "PPP Ostregion - Paket 1" durch Erteilung des Zuschlags entgegen. Dies zunächst schon deshalb, weil nach der ständigen Spruchpraxis des BVA eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch eine Einstweilige Verfügung im Rahmen eines Vergabekontrollverfahrens bereits von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung berücksichtigt werden müsse (vergleiche zB BVA 17.07.1998, N 22/98-9 uva); jeder Auftraggeber müsse mit der Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens rechnen. Das Überwiegen des Interesses an der Einhaltung eines knappen Bauzeitplans ohne Einberechnung des möglichen Nachprüfungsverfahrens würde den gebotenen Rechtsschutz verhindern (so BVA 19.12.2003, 17N-134/03-9 uva).

Dem von der ASFINAG im Vorverfahren behaupteten Risiko einer Veränderung der Zinsstrukturkurve und dem daraus resultierenden öffentlichen Interesse an der Vermeidung von daraus resultierenden Mehrbelastungen sei einerseits entgegenzuhalten, dass sich die Zinsstrukturkurve nicht bloß in eine Richtung verändern könne und andererseits die freiwillige Übernahme eines Zinsrisikos nicht zu Lasten der rechtsschutzsuchenden Bieter gehen dürfe (so auch BVA 30.07.2006, GZ N/0054-BVA/09/2006-EV16). Nach der ständigen Rechtsprechung des BVA könne sich durch die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung fast immer ein finanzieller Mehraufwand ergeben, der in der Natur der Sache liege. Als Begründung für die Abweisung des Antrags würde dies eine Einstweilige Verfügung im Regelfall verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (idS BVA 12.10.2004, 04N-96/04-16); schon aus diesem

Grund könne ein finanzieller Mehraufwand infolge der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung - noch dazu, wenn er nur einen Bruchteil des uns entstehenden Schadens ausmache - nicht zur Abweisung der beantragten Einstweiligen Verfügung führen.

Angesichts der Dauer des Beschaffungsvorgangs überwiegt das Interesse an einer Einstweiligen Verfügung deutlich das Interesse der ASFINAG und der Öffentlichkeit an einer unmittelbaren Fortsetzung des Verfahrens; Verzögerungen von maximal 6 Wochen (vgl § 326 BVergG 2006) sind vor dem Hintergrund, dass das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" seit nahezu zwei Jahren läuft, als vernachlässigbar anzusehen. Außerdem habe die ASFINAG Verzögerungen im Beschaffungsvorgang durch die von ihr gewählte Vorgangsweise selbst zu verantworten. Sie habe - obwohl sie das entweder durch entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung oder aber durch eine klarstellende Antwort auf unserer ausdrückliche Frage verhindern hätte können - vorsätzlich ein Vergabekontrollverfahrens gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung "provoziert"; diese Vorgehensweise zeige deutlich, dass sie an einer schnellen Beendigung des Verfahrens kein berücksichtigungswürdiges Interesse habe. Angesichts der Dauer des Beschaffungsvorgangs überwiegt das Interesse an einer Einstweiligen Verfügung deutlich das Interesse der ASFINAG und der Öffentlichkeit an einer unmittelbaren Fortsetzung des Verfahrens; Verzögerungen von maximal 6 Wochen (vergleiche Paragraph 326, BVergG 2006) sind vor dem Hintergrund, dass das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" seit nahezu zwei Jahren läuft, als vernachlässigbar anzusehen. Außerdem habe die ASFINAG Verzögerungen im Beschaffungsvorgang durch die von ihr gewählte Vorgangsweise selbst zu verantworten. Sie habe - obwohl sie das entweder durch entsprechende Festlegungen in der Ausschreibung oder aber durch eine klarstellende Antwort auf unserer ausdrückliche Frage verhindern hätte können - vorsätzlich ein Vergabekontrollverfahrens gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung "provoziert"; diese Vorgehensweise zeige deutlich, dass sie an einer schnellen Beendigung des Verfahrens kein berücksichtigungswürdiges Interesse habe.

Auch für den prospektiven Bestbieter, die Bietergemeinschaft "F***", sei durch einen kurzzeitigen "Stopp" des Vergabeverfahrens "PPP Ostregion Paket 1" kein - und vor allem kein den A*** drohenden Schaden übersteigender - Nachteil zu erwarten.

Schließlich entstehe auch der Allgemeinheit kein Nachteil durch die beantragte Einstweilige Verfügung; ein öffentliches Interesse an einer Zuschlagserteilung vor Abschluss des Vergabekontrollverfahrens bestehe nicht. Wohl aber bestehe ein öffentliches 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.

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 F*** 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 F*** 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 Einnahmefall 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 Einnahmefall 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 Verkehrsentslastung 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.

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 hierzu 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 hierzu 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 idF BGBl 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 Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabeamtes 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 röhle. 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_0078_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