

TE Verg Bescheid 2006/7/13 N/0054-BVA/09/2006-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.07.2006

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***", 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 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhalts "der Autobahnen und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Stellung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung untersagt, das Vergabeverfahren "PPP Ostregion - Paket 1" fortzusetzen. Insbesondere wird der Autobahnen- und Schnellstraßen-

Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) untersagt, von der Bietergemeinschaft B*** erste Entwürfe von Finanzierungsverträgen bzw. unterschriftsreife Finanzierungsverträge entgegenzunehmen und zu genehmigen, den Gesellschaftsvertrag des von der Bietergemeinschaft B*** zu gründenden Konzessionärs sowie die Subunternehmerverträge der Bietergemeinschaft B*** entgegenzunehmen", wird stattgegeben.

Das darüber hinausgehende Mehrbegehren auf Untersagung "im Anschluss daran die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft "B****" bekannt zu geben" wird abgewiesen.

Der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) wird untersagt, von der Bietergemeinschaft "B****" erste Entwürfe von Finanzierungsverträgen bzw. unterschriftsreife Finanzierungsverträge entgegenzunehmen und zu genehmigen, den Gesellschaftsvertrag des von der Bietergemeinschaft "B****" zu gründenden Konzessionärs sowie die Subunternehmerverträge der Bietergemeinschaft "B****" entgegenzunehmen.

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

1. 1.Ziffer eins

Begründung

Die Bietergemeinschaft "A***", vertreten durch X***, brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 6. Juli 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 Nichtigklärung der Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006, in eventu die gemäß § 100 Abs.2 BVergG 2002 als Zuschlagsentscheidung zu wertende Entscheidung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 sowie der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt. Die Bietergemeinschaft "A***", vertreten durch X***, brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 6. Juli 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 Nichtigklärung der Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006, in eventu die gemäß Paragraph 100, Absatz 2, BVergG 2002 als Zuschlagsentscheidung zu wertende Entscheidung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 sowie der Ersatz der Pauschalgebühren beantragt.

In ihrem Antrag vom 6. Juli 2006 brachte die Antragstellerin wie folgt vor: Geschäftszweck der Projektgesellschaft sei die Planung, die Errichtung, die Finanzierung und der Betrieb der Konzessionsstrecke (sowie zusätzlich die Planung, Errichtung und Finanzierung der sonstigen Bauwerke). Die Mitglieder der Antragstellerin würden den Konzessionär in Form einer Projektgesellschaft errichten. Während der Planungs- und Errichtungsphase würde die Projektgesellschaft die eigentliche Planung und Errichtung an den sogenannten "Subunternehmer Bau" vergeben; nach Fertigstellung der Konzessionsstrecke würde der Betrieb der Konzessionsstrecke an den sogenannten "Subunternehmer Betrieb" vergeben werden.

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 Oberschwabenbereich 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.

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 Bundesvergabeamts 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 Bundesvergabeamts sei mithin gegeben vergleiche zuletzt BVA 09.05.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008).

Angefochtene Entscheidung

Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung

Der vorliegende Nachprüfungsantrag richte sich gegen die mit Telefax und via FTP-Server am 22.06.2006 von der ASFINAG an die Antragstellerin übermittelte "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung". Darin wäre der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass das Angebot der "Bietergemeinschaft B****" mit 98,01 Gesamtpunkten zu bewerten war". Weiters wäre die Festlegung erfolgt, dass das weitere Vergabeverfahren mit der "Bietergemeinschaft B****" fortgesetzt würde.

Bekanntgabe als "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase"

Gemäß Pkt A.II.13.2 der LAFO-Unterlagen würde den bevorzugten Bietern das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote "im Wege einer sonstigen Festlegung" mitgeteilt. Die ASFINAG habe dazu ausdrücklich klargestellt, "dass diese Mitteilung über das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote nicht die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 darstellt, sondern eine sonstige Festlegung, die den letzten Abschnitt des Verhandlungsverfahrens gemäß Punkt 13.3 bis 13.6 einleitet." Gemäß Pkt A.II.13.2 der LAFO-Unterlagen würde den bevorzugten Bietern das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote "im Wege einer sonstigen Festlegung" mitgeteilt. Die ASFINAG habe dazu ausdrücklich klargestellt, "dass diese Mitteilung über das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote nicht die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, BVergG 2002 darstellt, sondern eine sonstige Festlegung, die den letzten Abschnitt des Verhandlungsverfahrens gemäß Punkt 13.3 bis 13.6 einleitet."

Auf die ausdrückliche Frage, ob diese Mitteilung eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach § 20 Z 13 BVergG 2002 sei oder erst mit der späteren Zuschlagsentscheidung angefochten werden könne, wäre der Antragstellerin seitens der ASFINAG mitgeteilt worden, dass dies der Beurteilung durch die Bieter obliege. Auf die ausdrückliche Frage, ob diese Mitteilung eine gesondert anfechtbare Entscheidung nach Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 sei oder erst mit der späteren Zuschlagsentscheidung angefochten werden könne, wäre der Antragstellerin seitens der ASFINAG mitgeteilt worden, dass dies der Beurteilung durch die Bieter obliege.

Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass die gegenständliche "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" gesondert anfechtbar sei: Angesichts der Festlegung der ASFINAG, dass die Bekanntgabe des Ergebnisses der Bewertung der letztgültigen Angebote nicht als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu qualifizieren sei, könne es sich bei dieser "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" nur um eine "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase" im Sinn des § 20 Z 13 lit a sublit dd BVergG 2002 (bzw § 2 Z 16 lit 1 sublit dd BVergG 2006) handeln. Darauf deute nicht nur der von der ASFINAG verwendete Wortlaut (arg "sonstige Festlegung" in Pkt A.II.13.2 der LAFO-Unterlagen) hin; auch der Umstand, dass durch diese Bekanntgabe "der letzte Abschnitt des Verhandlungsverfahrens" eingeleitet worden sei, zeigt, dass es sich um eine Festlegung während der Verhandlungsphase (und nicht: nach Abschluss der Verhandlungen) handle. Die verfahrensgegenständliche "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" sei mithin als sonstige Festlegung gesondert anfechtbar. Es könne kein Zweifel daran bestehen, dass die gegenständliche "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung"

gesondert anfechtbar sei: Angesichts der Festlegung der ASFINAG, dass die Bekanntgabe des Ergebnisses der Bewertung der letztgültigen Angebote nicht als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu qualifizieren sei, könne es sich bei dieser "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" nur um eine "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase" im Sinn des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2002 (bzw Paragraph 2, Ziffer 16, lit 1 Sub-Litera, d, d, BVergG 2006) handeln. Darauf deute nicht nur der von der ASFINAG verwendete Wortlaut (arg "sonstige Festlegung" in Pkt A.II.13.2 der LAFO-Unterlagen) hin; auch der Umstand, dass durch diese Bekanntgabe "der letzte Abschnitt des Verhandlungsverfahrens" eingeleitet worden sei, zeigt, dass es sich um eine Festlegung während der Verhandlungsphase (und nicht: nach Abschluss der Verhandlungen) handle. Die verfahrensgegenständliche "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" sei mithin als sonstige Festlegung gesondert anfechtbar.

Bekanntgabe als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung"

Fraglich sei, ob die "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" nicht richtigerweise - und entgegen der ausdrücklichen Festlegung der ASFINAG - als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 qualifiziert werden müsse. Fraglich sei, ob die "Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung" nicht richtigerweise - und entgegen der ausdrücklichen Festlegung der ASFINAG - als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, BVergG 2002 qualifiziert werden müsse.

§ 20 Z 42 BVergG 2002 legaldefiniere die Zuschlagsentscheidung als "die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll". Da der Zuschlag in einem Vergabeverfahren, das nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt worden wäre, nur dem Bestbieter erteilt werden dürfe, bedeute die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung. Paragraph 20, Ziffer 42, BVergG 2002 legaldefiniere die Zuschlagsentscheidung als "die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll". Da der Zuschlag in einem Vergabeverfahren, das nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt worden wäre, nur dem Bestbieter erteilt werden dürfe, bedeute die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine Bekanntgabe des Ergebnisses der Bestbieterermittlung.

Wenn die ASFINAG daher das Ergebnis der Bestbieterermittlung bekannt gibt, teile sie im Sinn des § 20 Z 42 BVergG 2002 mit, "welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle". Der gegenständliche Antrag sei deshalb zulässig, weil er sich gegen eine Entscheidung richtet, die entweder als gesondert anfechtbare "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase" oder als Zuschlagsentscheidung der ASFINAG zu qualifizieren sei. Wenn die ASFINAG daher das Ergebnis der Bestbieterermittlung bekannt gibt, teile sie im Sinn des Paragraph 20, Ziffer 42, BVergG 2002 mit, "welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden solle". Der gegenständliche Antrag sei deshalb zulässig, weil er sich gegen eine Entscheidung richtet, die entweder als gesondert anfechtbare "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase" oder als Zuschlagsentscheidung der ASFINAG zu qualifizieren sei.

Bekanntgabe als "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase"

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 seien Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - sofern nicht ausdrücklich anderes normiert - 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 "sonstige Festlegung" der ASFINAG sei der Antragstellerin per Telefax und per FTP-Server am 22.06.2006 zugestellt worden; der vorliegende Nachprüfungsantrag erfolge mithin rechtzeitig. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 seien Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - sofern nicht ausdrücklich anderes normiert - 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 "sonstige Festlegung" der ASFINAG sei der Antragstellerin per Telefax und per FTP-Server am 22.06.2006 zugestellt worden; der vorliegende Nachprüfungsantrag erfolge mithin rechtzeitig.

Bekanntgabe als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung"

Für den Fall, dass man die Bekanntgabe der Bewertung der letztgültigen Angebote durch die ASFINAG vom 22.06.2006 als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ansehen müsse, erfolge der vorliegende Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der Zuschlagsfrist des § 100 Abs 2 BVergG 2002 bzw innerhalb der diesbezüglichen Frist für Nachprüfungsanträge gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Für den Fall, dass man die Bekanntgabe der Bewertung der letztgültigen Angebote durch die ASFINAG vom 22.06.2006 als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ansehen

müsse, erfolge der vorliegende Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der Zuschlagsfrist des Paragraph 100, Absatz 2, BVergG 2002 bzw innerhalb der diesbezüglichen Frist für Nachprüfungsanträge gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Interesse am Vertragsabschluss

Die Antragstellerin 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) dargetan. Die Antragstellerin habe weiterhin größtes wirtschaftliches und strategisches Interesse am Projekt, nicht zuletzt auch aufgrund der im Rahmen des gesamten bisherigen Vergabeverfahrens aufgelaufenen hohen Kosten sei sie nach wie vor an einer Zuschlagserteilung interessiert; sie erachte sich auch weiter an ihr letztgültiges Angebot vom 31.05.2006 gebunden. Ihr Interesse am Vertragsabschluss bekunde die Antragstellerin überdies durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag.

Drohender Schaden

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

Sollte die Antragstellerin 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 Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe der im Rahmen des Vergabeverfahrens angefallenen Angebotserstellungskosten (externe Beratungskosten, interne Kosten etc).

Zwar würde jeder Bieter, der den Zuschlag nicht erhalten hat, für die Ausarbeitung seiner Erstangebote eine pauschale Vergütung in Höhe von EUR 200.000,00 erhalten sowie für den Aufwand für die Vertragsverhandlungen und die Ausarbeitung seines letztgültigen Angebotes eine zusätzliche pauschale Vergütung in Höhe von EUR 800.000,00 (Pkt A.II.8 der LAFO-Unterlage); diese pauschale Vergütung von insgesamt EUR 1 Mio deckt jedoch nur einen Bruchteil der tatsächlich angefallenen Kosten der Angebotserstellung ab. Im Fall der durch die falsche Bestbieterermittlung der ASFINAG zu erwartenden Nichterteilung des Zuschlags würden der Antragstellerin außerdem beträchtliche Deckungsbeiträge entgehen.

Verletzte Rechte

Die verfahrensgegenständliche Entscheidung der ASFINAG vom 22.06.2006 verletze die Antragstellerin in folgenden - teils gemeinschaftsrechtlich, teils durch das BVergG 2002 bzw das BVergG 2006 gewährleisteten - subjektiven Rechten:

- -Strichaufzählung
Recht auf Bietergleichbehandlung bzw Nichtdiskriminierung;
- -Strichaufzählung
Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs;
- -Strichaufzählung
Grundsatz der Vertraulichkeit;
- -Strichaufzählung
Recht auf vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung;
- -Strichaufzählung
Recht auf Zuschlagserteilung an das Angebot der Antragstellerin als wirtschaftlich und technisch günstigstes Angebot;
- -Strichaufzählung
Grundsatz der Vergabe nur an geeignete und zuverlässige Bieter.

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.

Verständigung der Auftraggeberin

Wenngleich eine Verständigung der Auftraggeberin gemäß - hinsichtlich seines 4. Teils (Rechtsschutz) im gegenständlichen Zusammenhang anwendbaren BVergG 2006 nicht mehr zwingend vorgesehen sei, habe die Antragstellerin die ASFINAG dennoch aus Gründen der verfahrensrechtlichen Courtoisie vor Einbringung dieses Nachprüfungsantrags von der Einleitung des Vergabekontrollverfahrens in Kenntnis gesetzt.

In ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2006 führt die Antragsgegnerin, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, aus, dass sie mit dem Projekt "PPP Ostregion - Paket 1" beabsichtigt habe, in Österreich erstmals durch die Vergabe einer Konzession sowohl die Finanzierung als auch die Errichtung, die Erhaltung sowie den Betrieb von (hochrangigen) Bundesstraßen durch einen privaten Betreiber durchführen zu lassen. Das Straßenprogramm "PPP Ostregion - Paket 1" umfasse die Errichtung neuer Bundesstraßen mit einer Gesamtlänge von rd 113 km. Die dem Nachprüfungsantrag zugrunde liegende Ausschreibung "PPP Ostregion - Paket 1" umfasse die Planung, die Errichtung, die Finanzierung und den Betrieb der folgenden Streckenabschnitte:

- -Strichaufzählung
A5 Süd (Eibesbrunn - Schrick)
- -Strichaufzählung
S2 (Umfahrung Süßenbrunn, S2-S1 Ost)
- -Strichaufzählung
S1 Ost (S2 - Eibesbrunn)
- -Strichaufzählung
S1 West (Eibesbrunn - A22)

Es handle sich hierbei um neu zu errichtende Streckenabschnitte mit einer Gesamtlänge von rd 51 km, welche die Anbindung des Weinviertels an den Großraum und den nordöstlichen Teil des Wiener Umfahrungsringes beinhalten. Die A5 Süd stelle zudem die wichtigste Pendlerstrecke zwischen Mistelbach und Wien dar. Der Ausbau solle überwiegend zweimal zweistreifig mit Standstreifen erfolgen. Er würde aus dem rd 23 km langen Abschnitt Süd der A5 (Nordautobahn) vom Knoten Eibesbrunn bis Schrick mit dem rd. 460 m langen Lärmschutztunnel Eibesbrunn bestehen.

Daran würde sich südlich der rd. 12 km lange Abschnitt der S1 Ost (Wiener Außenring Schnellstraße) mit dem Knoten Bauwerk Eibesbrunn (Verzweigung A5 - S 1) und zwei Wannenbauwerken anschließen, welcher über die rd. 4,5 km lange S2 (Wiener Nordrand Schnellstraße) mit der Unterführung des Bahnhofes Breitenlee an das bestehende hochrangige Netz anschließt.

Westlich des Knotens Eibesbrunn erfolge die Verbindung zur A22 (Donauufer Autobahn) über die rd. 12 km lange S1 (Wiener Außenring Schnellstraße) mit dem zweiröhrigen rd. 1,4 km langen Tunnel Tradenberg, der rd. 440m langen Unterführung des Donaugrabens, sowie dem Knoten Korneuburg als Einbindung in die A22 (Donauuferautobahn).

Ein direkter Anschluss an das bestehende Autobahnen- und Schnellstraßennetz sei an den Punkten Knoten Korneuburg (A22 - Donauufer Autobahn) und Einbindung an die S2 (Wiener Nordrand Schnellstraße - als verlängerte Autobahn Südosttangente Wien A23) gegeben.

Zur Vergabe gelange dabei ein Konzessionsvertrag, der die Planung, die Errichtung, die Finanzierung und den Betrieb der vorstehend genannten Streckenabschnitte, sowie die Planung, die Errichtung und die Finanzierung damit im Zusammenhang stehender "sonstiger Bauwerke" umfasse. Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung wäre gemeinschaftsweit am 14.9.2004 bekannt gemacht worden. National wäre die Bekanntmachung in der Wiener Zeitung am 17.9.2004 erfolgt. Die Bekanntmachungen hätten bereits ausgewiesen, das die ASFINAG die Vergabe des Projektes im Wege eines als "PPP-Modell" ausgestalteten Baukonzessionsvertrags beabsichtigen würde. Nähere Angaben hätten der bei der ASFINAG kostenfrei zu beziehenden Bewerbungsunterlage "Bewerberauswahl für die Teilnahme am Vergabeverfahren" entnommen werden können.

In der Folge seien allen interessierten Unternehmen über Anforderung die Bewerbungsunterlagen übermittelt worden.

Deren Zweck wäre es gewesen, interessierten Unternehmen einen Überblick über das Projekt "PPP Ostregion", insbesondere über die im Rahmen dieses Vergabeverfahrens (Paket 1) zu vergebenden Leistungen zu geben und jene Kriterien festzulegen, welche von interessierten Bewerbern erfüllt werden müssten, um von der ASFINAG zur Angebotslegung aufgefordert zu werden (Eignungs- und Auswahlkriterien). Auch in der Bewerbungsunterlage wäre dezitiert vorgesehen, ein Baukonzessionsvertrag zur Vergabe gelangen würde (insbesondere Pkt. Und 8.1 der Bewerbungsunterlage). In der Bewerbungsunterlage wäre ferner festgelegt, dass auf Grund der im Pkt. 10 und 11 der Bewerbungsunterlage genannten Eignungs- bzw. Auswahlkriterien maximal 5 Bewerber von der ASFINAG ausgewählt würden, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert würden.

Die Einladung zur Legung der Angebote sei mit Schreiben vom 6.5.2005 unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für das Projekt "PPP Ostregion - Paket 1" erfolgt. Die übermittelte Ausschreibungsunterlage hätte dabei aus insgesamt zwei Ordnern und fünf DVD-Datenträgern bestanden und hätte sich in den Teil A "Verfahrensordnung" und den Teil B "Verdingungsunterlage" gegliedert. Die Verfahrensordnung, Teil A Pkt. II, welche der Aufforderung zur Abgabe der Erstangebote zugrunde gelegen hätte, hätte bereits Festlegungen über den weiteren Ablauf des Verhandlungsverfahrens enthalten. Darin wäre vorgesehen, dass die ASFINAG Vertragsverhandlungen mit drei Bietern führen würde. Ferner wäre vorgesehen gewesen, dass die ASFINAG nach Abschluss der Verhandlungen die bevorzugten Bieter auffordern würde, unter Berücksichtigung der erzielten Verhandlungsergebnisse ein "letztgültiges Angebot" zu legen ("LAFO" - Pkt. 13.5 des Teils A.II). Vorgesehen wäre weiters, dass die ASFINAG die fristgerecht und ordnungsgemäß gelegten letztgültigen Angebote an Hand der in der Ausschreibungsunterlage angeführten Zuschlagskriterien bewerten und so jenen Bieter ermitteln würde, welcher das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot gelegt hätte (Bestbieter). Nur dieser Bestbieter sollte in der Folge nach Erhöhung seines Vadiums verpflichtet sein, unterschriftsreife Finanzierungsverträge auszuarbeiten und einzureichen. Die Einladung zur Legung der Angebote sei mit Schreiben vom 6.5.2005 unter gleichzeitiger Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen für das Projekt "PPP Ostregion - Paket 1" erfolgt. Die übermittelte Ausschreibungsunterlage hätte dabei aus insgesamt zwei Ordnern und fünf DVD-Datenträgern bestanden und hätte sich in den Teil A "Verfahrensordnung" und den Teil B "Verdingungsunterlage" gegliedert. Die Verfahrensordnung, Teil A Pkt. römisch zwei, welche der Aufforderung zur Abgabe der Erstangebote zugrunde gelegen hätte, hätte bereits Festlegungen über den weiteren Ablauf des Verhandlungsverfahrens enthalten. Darin wäre vorgesehen, dass die ASFINAG Vertragsverhandlungen mit drei Bietern führen würde. Ferner wäre vorgesehen gewesen, dass die ASFINAG nach Abschluss der Verhandlungen die bevorzugten Bieter auffordern würde, unter Berücksichtigung der erzielten Verhandlungsergebnisse ein "letztgültiges Angebot" zu legen ("LAFO" - Pkt. 13.5 des Teils A.II). Vorgesehen wäre weiters, dass die ASFINAG die fristgerecht und ordnungsgemäß gelegten letztgültigen Angebote an Hand der in der Ausschreibungsunterlage angeführten Zuschlagskriterien bewerten und so jenen Bieter ermitteln würde, welcher das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot gelegt hätte (Bestbieter). Nur dieser Bestbieter sollte in der Folge nach Erhöhung seines Vadiums verpflichtet sein, unterschriftsreife Finanzierungsverträge auszuarbeiten und einzureichen.

Mit Schreiben vom 28.10.2005 wäre die Antragsstellerin vorbehaltlich der Ergebnisse der formalen und inhaltlichen Prüfung betreffend ihre Angebote zu einem ersten Gespräch für den 16.11.2005 eingeladen worden. Gleichzeitig mit diesem Schreiben sei der Antragstellerin das Dokument 5000-2 (Ablauf der Vertragsverhandlungen) übermittelt worden, in welchem nähere Festlegungen über die weitere Vorgehensweise im Verhandlungsverfahren getroffen worden seien. Darin wäre u.a. festgelegt worden, dass die Dokumentenzustellung und der Datenaustausch über einen FTP-Server der ASFINAG zu erfolgen habe. Ferner sei die Struktur des Ablaufs der Vertragsverhandlungen näher dargestellt worden.

Weitere Festlegungen über den Ablauf der Vertragsverhandlungen, insbesondere hinsichtlich der von den Bietern vorgeschlagenen rechtlich/kommerziellen Vertragsalternativen, seien von der ASFINAG im Dokument 5001-1 ("Ablauf der Vertragsverhandlungen über die Vertragsbestimmungen - rechtlich/kommerzielle Gestaltung der letztgültigen Angebote") getroffen worden. Dieses Dokument sei den Bietern mit Schreiben vom 21.11.2005 übermittelt worden.

Im ersten Treffen der Verhandlungsteams der ASFINAG einerseits und der Bieter andererseits seien die bis zu diesem Zeitpunkt auf Ebene der Vorbereitungsgruppen erzielten Ergebnisse erörtert worden und - soweit möglich - ausverhandelt und inhaltlich endgültig erledigt worden. Im Anschluss an den ersten Verhandlungszyklus seien auf Ebene der Vorbereitungsgruppen die noch offen gebliebenen Punkte erörtert worden und für die Behandlung im zweiten Verhandlungszyklus vorbereitet worden. Die Vertragsverhandlungen seien mit allen Bietern in der ersten

Aprilwoche mit dem zweiten Verhandlungsteam -Termin abgeschlossen worden. Im Zuge dieses zweiten Verhandlungsteam -Termins sei den Bietern mitgeteilt worden, dass die Aufforderung zur Abgabe der letztgültigen Angebote Anfang Mai erfolgen werde.

Am 3. Mai 2006 habe die ASFINAG allen bevorzugten Bietern die Einladung zur Legung der letztgültigen Angebote übermittelt ("AU-LAFO"). Diese habe hinsichtlich des Aufbaus der Ausschreibungsunterlagen zur Legung der Erstangebote entsprochen, wäre inhaltlich jedoch an die Ergebnisse des Verhandlungsverfahrens angepasst worden. Als Termin für die Abgabe der letztgültigen Angebote ("LAFO") sei der 31.5.2006, 13.00 Uhr, festgesetzt worden.

Gemäß Punkt 13.4 des Teils A.II der AU-LAFO habe die ASFINAG davon abgesehen den zur Legung eines letztgültigen Angebotes aufgeforderten bevorzugten Bietern die Einreichung unterschrittsreifer Finanzierungsverträge abzuverlangen. Die Vorlage unterschrittsreifer Entwürfe der Finanzierungsverträge würde gemäß Pkt. 13.4 Abs. 2 des Teils A.II der AU-LAFO nur dem Bestbieter abverlangt. Pkt. 13 2 des Teils A.II der AU-LAFO statuieren ferner, dass der Bestbieter neben der Vorlage der Entwürfe der Finanzierungsverträge und der Verträge des Konzessionärs mit dem Subunternehmer Bau bzw. Subunternehmer Betrieb sowie des Gesellschaftsvertrags des Konzessionärs auch die Gründung des Konzessionärs durchzuführen habe. Pkt. 13.2 des Teils A.II der AU-LAFO sehe ferner vor, dass der Konzessionsgeber die fristgerecht und ordnungsgemäß eingereichten vorgenannten Vertragsentwürfe auf Übereinstimmung mit den in der Aufforderung zur Legung des letztgültigen Angebots festgelegten Vorgaben überprüfen würde und im Fall der Übereinstimmung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 zu Gunsten des Bestbieters bekannt geben würde. Gemäß Punkt 13.4 des Teils A.II der AU-LAFO habe die ASFINAG davon abgesehen den zur Legung eines letztgültigen Angebotes aufgeforderten bevorzugten Bietern die Einreichung unterschrittsreifer Finanzierungsverträge abzuverlangen. Die Vorlage unterschrittsreifer Entwürfe der Finanzierungsverträge würde gemäß Pkt. 13.4 Absatz 2, des Teils A.II der AU-LAFO nur dem Bestbieter abverlangt. Pkt. 13 2 des Teils A.II der AU-LAFO statuieren ferner, dass der Bestbieter neben der Vorlage der Entwürfe der Finanzierungsverträge und der Verträge des Konzessionärs mit dem Subunternehmer Bau bzw. Subunternehmer Betrieb sowie des Gesellschaftsvertrags des Konzessionärs auch die Gründung des Konzessionärs durchzuführen habe. Pkt. 13.2 des Teils A.II der AU-LAFO sehe ferner vor, dass der Konzessionsgeber die fristgerecht und ordnungsgemäß eingereichten vorgenannten Vertragsentwürfe auf Übereinstimmung mit den in der Aufforderung zur Legung des letztgültigen Angebots festgelegten Vorgaben überprüfen würde und im Fall der Übereinstimmung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, BVergG 2002 zu Gunsten des Bestbieters bekannt geben würde.

Ebenso wie ihre beiden Mitbewerber habe die Antragstellerin am 31.5.2005 ein letztgültiges Angebot gelegt. Die Prüfung der Angebote wäre dabei durch mehrere Prüfteams erfolgt, wobei die kommerziellen Angebotsteile, insbesondere die angebotene Vergütung, nur den unmittelbar mit der diesbezüglichen Prüfung befassten Personen bekannt gewesen wären.

Mit Schreiben vom 22.6.2006 wäre der Antragstellerin bekannt gegeben worden, dass die Bietergemeinschaft B*** gemäß Pkt. 13.2 des Teils A.II der AU-LAFO das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot gelegt hätte. Gleichzeitig sei mitgeteilt worden, dass die ASFINAG beabsichtige, das Vergabeverfahren nunmehr mit dieser Bietergemeinschaft fortzusetzen. In diesem Schreiben sei sowohl die Punktebewertung des Bestangebotes als auch jene der Antragstellerin bekannt gegeben worden.

Mit Schreiben vom 28.6.2006 habe die Antragstellerin die ASFINAG sodann aufgefordert, den Namen und die Anschrift der Mitglieder der Bietergemeinschaft B*** bekannt zu geben. Weiters sei die ASFINAG aufgefordert worden, unverzüglich die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben und die Angebotsniederschrift zu übermitteln.

Mit Telefax vom 3.7.2006 habe die ASFINAG die erbetenen Informationen übermittelt. Einerseits wären die angebotenen Barwerte sowohl für die Bietergemeinschaft B*** als auch für die Antragstellerin bekannt gegeben worden. Andererseits seien auch die Vertragspunkte und der sich dadurch ergebende Gesamtbarwert der Angebote beider Bietergemeinschaften offen gelegt worden. Schließlich habe die ASFINAG auch die Qualitätspunkte angegeben, die auf das Angebot der Bietergemeinschaft B*** bzw. das Angebot der Antragstellerin entfallen seien. Die ASFINAG habe allerdings nicht die Namen der einzelnen Unternehmen der Bietergemeinschaft B*** bekannt gegeben, weil eine diesbezügliche Geheimhaltungsverpflichtung bis zur Zuschlagsentscheidung in einem noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren bestehe (§ 34 Abs. 7 BVergG 2002). Sämtliche Informationen, die der Antragstellerin ermöglichen,

die Vorteile des Angebots des Bestbieters gegenüber dem von ihr gelegten Angebot zu beurteilen, seien der Antragstellerin jedoch übermittelt worden. Mit Telefax vom 3.7.2006 habe die ASFINAG die erbetenen Informationen übermittelt. Einerseits wären die angebotenen Barwerte sowohl für die Bietergemeinschaft B*** als auch für die Antragstellerin bekannt gegeben worden. Andererseits seien auch die Vertragspunkte und der sich dadurch ergebende Gesamtbarwert der Angebote beider Bietergemeinschaften offen gelegt worden. Schließlich habe die ASFINAG auch die Qualitätspunkte angegeben, die auf das Angebot der Bietergemeinschaft B*** bzw. das Angebot der Antragstellerin entfallen seien. Die ASFINAG habe allerdings nicht die Namen der einzelnen Unternehmen der Bietergemeinschaft B*** bekannt gegeben, weil eine diesbezügliche Geheimhaltungsverpflichtung bis zur Zuschlagsentscheidung in einem noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren bestehe (Paragraph 34, Absatz 7, BVergG 2002). Sämtliche Informationen, die der Antragstellerin ermöglichten, die Vorteile des Angebots des Bestbieters gegenüber dem von ihr gelegten Angebot zu beurteilen, seien der Antragstellerin jedoch übermittelt worden.

Zur beantragten einstweiligen Verfügung führt die ASFINAG im Wesentlichen wie folgt aus: Die beantragte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stelle keine geeignete und nötige Maßnahme im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 dar, da diese Maßnahme ungeeignet sei, die behaupteten entstandenen oder bei einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens unmittelbar drohenden Schädigungen zu verhindern, da der Antragstellerin vor einer Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter selbst bei Zutreffen ihrer Behauptungen keine unwiederbringlichen Schäden von Interessen drohen würde. Durch die AU-LAFO vorgesehene und nunmehr beabsichtigte Fortsetzung des Vergabeverfahrens mit dem bekannt gegebenen Bestbieter könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen, da die Zuschlagserteilung von der Antragstellerin in einem Verfahren gegen die noch bekannt zu gebende Zuschlagsentscheidung verhindert werden könne. Zur beantragten einstweiligen Verfügung führt die ASFINAG im Wesentlichen wie folgt aus: Die beantragte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens stelle keine geeignete und nötige Maßnahme im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 dar, da diese Maßnahme ungeeignet sei, die behaupteten entstandenen oder bei einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens unmittelbar drohenden Schädigungen zu verhindern, da der Antragstellerin vor einer Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter selbst bei Zutreffen ihrer Behauptungen keine unwiederbringlichen Schäden von Interessen drohen würde. Durch die AU-LAFO vorgesehene und nunmehr beabsichtigte Fortsetzung des Vergabeverfahrens mit dem bekannt gegebenen Bestbieter könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen, da die Zuschlagserteilung von der Antragstellerin in einem Verfahren gegen die noch bekannt zu gebende Zuschlagsentscheidung verhindert werden könne.

Die nunmehr seitens der bekannt gegebenen Bestbieterin B*** zu setzenden Verfahrensschritte würden dieser Bieterin keinen Wettbewerbsvorsprung gegenüber ihren Konkurrentinnen verschaffen, da die Verhandlungen im Zuge dieses Vergabeverfahrens bereits abgeschlossen seien. Denn wie in der den letztgültigen Angebot zugrunde liegenden Verfahrensordnung der AU-LAFO, A.II, Punkt 13.4, ausdrücklich vorgesehen, sei es dem Bestbieter verwehrt, "sein letztgültiges Angebot, welches zu seiner Festlegung als Bestbieter geführt hat, zu verändern; dies gilt insbesondere für die dem bestbewerteten letztgültigen Angebot zugrund gelegten Vertragsbestimmungen (einschließlich der vom Bestbieter mit seinem letztgültigen Angebot eingereichten rechtlich/kommerziellen Alternativvorschlägen gemäß B IV 11/B V 11) sowie die für die vom Bestbieter angebotene Vergütung (gemäß B IV 8/B V 8)". In der Verfahrensordnung A.II der AU-LAFO sei demnach auch nicht vorgesehen, dass nach der Ermittlung des Bestbieters die letztgültigen Angebote einer neuerlichen Bewertung nach den Zuschlagskriterien unterzogen würden. Die vom Bestbieter im Anschluss an die Mitteilung über das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote auszuarbeitenden Finanzierungs-, Gesellschafts- und Subunternehmerverträge hätten den hierfür vorgesehenen Ausschreibungsvorgaben des AU-LAFO und somit dem letztgültigen Angebot des ermittelten Bestbieters zu entsprechen und hätten daher keinen Einfluss auf das Ergebnis der bereits durchgeführten Bewertung der letztgültigen Angebote. Soweit die bekannt gegebene Bestbieterin die diesbezüglichen Anforderungen der Ausschreibungsunterlage nicht erfüllen sollte oder wenn sich im Laufe des nunmehr anhängigen Nachprüfungsverfahrens herausstellen sollte, dass diese Bieterin zu Unrecht als Bestbieterin bekannt gegeben wurde, würde eine neuerliche Bestbieterermittlung durchzuführen und bekannt zugeben sein. Aus diesem Grund drohe der Antragstellerin entgegen ihrem Vorbringen bei einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens keine Schädigung ihrer Interessen, die mit den beantragten Maßnahmen unterbunden werden könnte. Die nunmehr seitens der bekannt gegebenen Bestbieterin B*** zu setzenden Verfahrensschritte würden dieser Bieterin keinen Wettbewerbsvorsprung gegenüber ihren Konkurrentinnen verschaffen, da die Verhandlungen im Zuge dieses Vergabeverfahrens bereits

abgeschlossen seien. Denn wie in der den letztgültigen Angebot zugrunde liegenden Verfahrensordnung der AU-LAFO, A.II, Punkt 13.4, ausdrücklich vorgesehen, sei es dem Bestbieter verwehrt, "sein letztgültiges Angebot, welches zu seiner Festlegung als Bestbieter geführt hat, zu verändern; dies gilt insbesondere für die dem bestbewerteten letztgültigen Angebot zugrund gelegten Vertragsbestimmungen (einschließlich der vom Bestbieter mit seinem letztgültigen Angebot eingereichten rechtlich/kommerziellen Alternativvorschlägen gemäß B römisch vier 11/B römisch fünf 11) sowie die für die vom Bestbieter angebotene Vergütung (gemäß B römisch vier 8/B römisch fünf 8)". In der Verfahrensordnung A.II der AU-LAFO sei demnach auch nicht vorgesehen, dass nach der Ermittlung des Bestbieters die letztgültigen Angebote einer neuerlichen Bewertung nach den Zuschlagskriterien unterzogen würden. Die vom Bestbieter im Anschluss an die Mitteilung über das Ergebnis der Bewertung der letztgültigen Angebote auszuarbeitenden Finanzierungs-, Gesellschafts- und Subunternehmerverträge hätten den hierfür vorgesehenen Ausschreibungsvorgaben des AU-LAFO und somit dem letztgültigen Angebot des ermittelten Bestbieters zu entsprechen und hätten daher keinen Einfluss auf das Ergebnis der bereits durchgeführten Bewertung der letztgültigen Angebote. Soweit die bekannt gegebene Bestbieterin die diesbezüglichen Anforderungen der Ausschreibungsunterlage nicht erfüllen sollte oder wenn sich im Laufe des nunmehr anhängigen Nachprüfungsverfahrens herausstellen sollte, dass diese Bieterin zu Unrecht als Bestbieterin bekannt gegeben wurde, würde eine neuerliche Bestbieterermittlung durchzuführen und bekannt zugeben sein. Aus diesem Grund drohe der Antragstellerin entgegen ihrem Vorbringen bei einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens keine Schädigung ihrer Interessen, die mit den beantragten Maßnahmen unterbunden werden könnte.

Der Antragstellerin drohe durch eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung während des eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens kein Schaden, da sie jedenfalls die Zuschlagsentscheidung bekämpfen könne. Soweit jedoch die sonstige Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 im nunmehr anhängigen Hauptverfahren für nichtig erklärt werden sollte, wäre eine theoretisch in der Zwischenzeit bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung ohnehin mit Rechtswidrigkeit behaftet, welcher Umstand im Rahmen eines weiteren Nachprüfungsverfahrens gegen die Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden könne. Durch die Fortsetzung des Verfahrens könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen oder zu entstehen drohen. Mangels drohenden Schadens würden sich die beantragten Maßnahmen als nicht geeignete Mittel erweisen, um die behauptete Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu verhindern.

Die Nichterlassung der beantragten einstweiligen Verfügung würde daher für die Antragstellerin keinerlei Nachteil darstellen, da der Antragstellerin weiterhin die Möglichkeit offen stünde, die Zuschlagsentscheidung zu bekämpfen.

Die beantragte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens erweise sich insbesondere auch nicht als das gelindeste Mittel im Sinne des § 329 Abs. 2 letzter Satz BVergG 2006, da der Antragsgegnerin bei einer Antragsstattgebung jegliches weiteres Tätigwerden im Vergabeverfahren untersagt werden würde. Die beantragte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens erweise sich insbesondere auch nicht als das gelindeste Mittel im Sinne des Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006, da der Antragsgegnerin bei einer Antragsstattgebung jegliches weiteres Tätigwerden im Vergabeverfahren untersagt werden würde.

Die Antragstellerin habe es in diesem Zusammenhang auch unterlassen darzulegen, weshalb die Bekanntgabe der Bestbieterermittlung durch eine nunmehr "drohende" Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung "überholt" und hinfällig wäre. Nicht nur die gänzliche Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens, sondern insbesondere auch die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung würde sich ungeachtet dessen als nicht das gelindeste Mittel erweisen, da im Falle eines Obsiegens der Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ohnehin geltend gemacht werden könne. Das von der Antragstellerin behauptete Rechtsschutzdefizit infolge einer Zuschlagsentscheidung während dieses Nachprüfungsverfahrens bestünde somit nicht, weshalb die beantragte Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung nicht geeignet sei, eine Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu verhindern.

Das Bundesvergabeamt habe in seiner Judikatur auch anerkannt, dass begehrte einstweilige Verfügungen, die auf ein Verbot weiterer Verhandlungen mit den übrigen Bietern hinauslaufen, nicht das gelindeste Mittel darstellten würden, da von dem Antragsteller behauptete drohende Schäden, die durch den Zuschlag an einen anderen Bieter entstehen würden, auch durch ein vorläufiges Verbot der Zuschlagserteilung abgewendet werden könnten. Denn auch in diesem Fall sei gesichert, dass der Antragsteller nach einem allfälligen Obsiegen in der Hauptsache wiederum für den Auftrag in Betracht käme, ohne dass zuvor bereits durch Zuschlagserteilung vollendete Tatsachen geschaffen worden wären.

Nur vereinzelt habe das Bundesvergabeamt bisher entschieden, dass andere Maßnahmen als die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste Mittel iSd § 319 Abs. 1 BVergG bzw. 171 BVergG 2002 darstellen könnten. Dies sei beim Bundesvergabeamt damit begründet worden, dass andernfalls der zeitliche Vorsprung der übrigen Bieter durch den Antragsteller schwerlich ausgeglichen werden könne. Dieser Judikatur sei jedoch zugrunde gelegen, dass nach der Einleitung des entsprechenden Nachprüfungsverfahrens mit den (anderen) Bietern noch Vertragsverhandlungen zu führen waren, welche sodann mit der Legung letztgültiger Angebote erst abzuschließen gewesen wären. Nur vereinzelt habe das Bundesvergabeamt bisher entschieden, dass andere Maßnahmen als die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste Mittel iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG bzw. 171 BVergG 2002 darstellen könnten. Dies sei beim Bundesvergabeamt damit begründet worden, dass andernfalls der zeitliche Vorsprung der übrigen Bieter durch den Antragsteller schwerlich ausgeglichen werden könne. Dieser Judikatur sei jedoch zugrunde gelegen, dass nach der Einleitung des entsprechenden Nachprüfungsverfahrens mit den (anderen) Bietern noch Vertragsverhandlungen zu führen waren, welche sodann mit der Legung letztgültiger Angebote erst abzuschließen gewesen wären.

Im vorliegenden Fall seien die Vertragsverhandlungen mit allen Bietern bereits abgeschlossen. Die Legung der letztgültigen Angebote sei bereits erfolgt. Das Legen weiterer Angebote sei nicht vorgesehen, sodass ein zeitlicher Vorsprung des Bieters, welcher durch die beantragte Unterlassung der Fortführung des Vergabeverfahrens ausgeglichen werden könnte, denkunmöglich sei. Die beantragte Unterlassung der Fortführung des Vergabeverfahrens würde vielmehr nur darauf hinauslaufen, die Interessen der Konzessionsgeberin zu schädigen, ohne dass ein berechtigtes Interesse der Antragstellerin dem gegenüber stünde. Die beantragte Untersagung der Fortführung des Verfahrens sei daher jedenfalls nicht das gelindeste Mittel iSd § 329 BVergG 2006. Im vorliegenden Fall seien die Vertragsverhandlungen mit allen Bietern bereits abgeschlossen. Die Legung der letztgültigen Angebote sei bereits erfolgt. Das Legen weiterer Angebote sei nicht vorgesehen, sodass ein zeitlicher Vorsprung des Bieters, welcher durch die beantragte Unterlassung der Fortführung des Vergabeverfahrens ausgeglichen werden könnte, denkunmöglich sei. Die beantragte Unterlassung der Fortführung des Vergabeverfahrens würde vielmehr nur darauf hinauslaufen, die Interessen der Konzessionsgeberin zu schädigen, ohne dass ein berechtigtes Interesse der Antragstellerin dem gegenüber stünde. Die beantragte Untersagung der Fortführung des Verfahrens sei daher jedenfalls nicht das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, BVergG 2006.

Darüber hinaus habe die Antragstellerin jedoch nicht nur beantragt, die Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung zu untersagen, sondern die Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft B*** zu untersagen. Die Unzulässigkeit dieses Antrages würde sich bereits aus der ständigen Rechtsprechung des BVA ergeben, da der Antrag auf Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an und der Setzung von Maßnahmen durch einen bestimmten anderen Bieter einer Benachteiligung dieses Bieters im Verhältnis zu den übrigen Bietern und insbesondere der Antragstellerin bewirken würde und daher ebenso wie die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten aller anderen Bieter mit Ausnahme der Antragstellerin selbst zu einer Verletzung des dem Vergabeverfahren zugrunde liegenden Gleichbehandlungsgrundsatzes führen würde.

Gemäß § 329 Abs. 1 habe das BVA 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 der zügigen Realisierung des zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes vorzunehmen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, habe das BVA 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 der zügigen Realisierung des zur Vergabe ausgeschriebenen Leistungsgegenstandes vorzunehmen.

In der AU-LAFO sei vorgesehen, dass das Verfügbarkeitsentgelt zu Financial Close (nach Vertragsschluss) insoweit anzupassen sei, als dies auf Grund von Änderungen der der AU-LAFO zugrunde liegenden Zinsstrukturkurve gemäß B.IV.9. Punkt 2.2.3.1 zwischen Abgabe des AU-LAFO und dem spätestens innerhalb von 14 Tagen nach Zuschlagserteilung vorgesehenen Financial Close (samt Abschluss von Zinsabsicherungsgeschäften) im Hinblick auf das Fremdkapital zwingend erforderlich sei.

Das Risiko einer Veränderung der Zinsstrukturkurve würde somit die ASFINAG tragen. Eine Veränderung des Zinssatzes von einem Basispunkt würde eine Veränderung im Barwert an Zahlungen des Verfügbarkeitsentgelts an den Bestbieter von etwa EUR 0,9 Mio. bedeuten. Bei Betrachtung der Zinsentwicklung würde sich für den vergangenen Monat eine Erhöhung des Zinssatzes um ca. 6,5 Basispunkte ergeben. Dies hätte zu einer Erhöhung der Zahllast der ASFINAG aus dem Titel Verfügbarkeitsentgelt über die gesamte Vertragslaufzeit in Höhe von ca. EUR 2,75 Mio.

(Barwertbetrachtung) geführt. Je nach künftigem Verlauf der Zinsentwicklung könnte somit bei einer Verzögerung des Zuschlags ein beträchtlicher zusätzlicher Mehraufwand für die ASFINAG eintreten. Für die ASFINAG bestehe daher das Risiko, dass bei einem weiteren Zinsanstieg aus diesem Titel Mehrbelastungen auf die ASFINAG zukommen würden. Je länger daher mit einer Zuschlagserteilung zugewartet werden müsse, umso größer sei das Risiko von Zinsstrukturänderungen, deren nachteilige Auswirkungen die ASFINAG zu tragen hätte. Dieses Risiko stelle ein öffentliches Interesse der Antragsgegnerin dar, welches das Interesse der Antragstellerin bei weitem überwiege.

In ihrer Stellungnahme vom 12.7.2006, am 13.7.2006 im Bundesvergabeamt eingelangt, führt die gemäß der Bestbieterermittlung bekannt gegebene erstgereichte Entwicklungsgemeinschaft B*** zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie folgt aus: Weder drohe der Antragstellerin ein Schaden in Gestalt des möglichen Verlustes des Auftrages aus der angefochtenen Entscheidung, noch sei die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens geeignet die Antragstellerin vor irgendwelchen Schäden zu bewahren. Unbeschadet dieser Erwägungen ergebe sich darüber hinaus, dass jedenfalls nach der gesetzlich vorgeschriebenen Interessenabwägung die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht statthaft wäre. Die angestrebte einstweilige Verfügung würde keine nennenswerten Nachteile von der Antragstellerin abwenden, hingegen würde die einstweilige Verfügung erhebliche Nachteile sowohl bei dem Konzessionsgeber als auch bei der mitbeteiligten Partei verursachen. Daher würden die nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung jedenfalls überwiegen.

Eine einstweilige Verfügung nach § 329 Abs. 2 BVergG 2006 dürfe nur die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme verfügen. Selbst wenn man annähme, dass der Antragstellerin aus der Bestbieterentscheidung und dem Fortführen von Verhandlungen irgendein Nachteil drohen würde, könnten doch solche Nachteile jedenfalls auch mit gelinderen Mitteln abgewendet werden. Jedenfalls wäre die Antragstellerin vor einem Verlust des Auftrages dadurch geschützt, dass dem Konzessionsgeber als gelinderes Mittel lediglich die Zuschlagserteilung untersagt würde. Eine einstweilige Verfügung nach Paragraph 329, Absatz 2, BVergG 2006 dürfe nur die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme verfügen. Selbst wenn man annähme, dass der Antragstellerin aus der Bestbieterentscheidung und dem Fortführen von Verhandlungen irgendein Nachteil drohen würde, könnten doch solche Nachteile jedenfalls auch mit gelinderen Mitteln abgewendet werden. Jedenfalls wäre die Antragstellerin vor einem Verlust des Auftrages dadurch geschützt, dass dem Konzessionsgeber als gelinderes Mittel lediglich die Zuschlagserteilung untersagt würde.

Die beantragte Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ginge ins Leere, da auf Grund der Unterlagen vor dem Ablauf der Geltungsdauer einer möglichen einstweiligen Verfügung, nämlich bis zum 24.8.2006, keine Zuschlagsentscheidung vorgesehen sei. Der Bieter habe neun Wochen ab Zugang der Bestbieterentscheidung Zeit die Vertragsdokumente vorzulegen. Die Interessen der Antragstellerin seien bereits durch die Ausschreibungsbestimmungen entsprechend geschützt.

Unzulässig sei, dass sich der Antrag auf einstweilige Verfügung ausschließlich gegen die "Bietergemeinschaft B***" richtet und nicht allgemein gegen jede Entscheidung des Auftraggebers gegenüber welchen Bieter auch immer.

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 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 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 Bundesvergabebeamten 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 Bundesvergabebeamten 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 Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 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 Festlegung der Antragsgegnerin dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des

Vergabeverfahrens zu erwarten. Die Frage der Richtigkeit der Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 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 Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 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 Festlegung der Antragsgegnerin dokumentiert. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Die Frage der Richtigkeit der Festlegung der Antragsgegnerin vom 22.6.2006 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. Er hat zu enthalten: 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. Er hat zu enthalten:

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

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 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 12. Juli 2006 führt die Antragsgegnerin aus, dass eine allfällige Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar sei; die Rechtswidrigkeiten der Bestbieterbieterermittlung könnten daher in einem Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden. Dieser Argumentationslinie ist jedoch das System des Bundesvergabegesetzes, das gesondert anfechtbare Entscheidungen vorsieht, verbunden mit den daraus resultierenden Präklusionswirkungen, entgegenzuhalten. Ziel der Präklusion ist ein rasches, aber auch effizientes Rechtsschutzverfahren sicherzustellen. Das Vergabeverfahren soll auch nicht durch willkürliche Einsprüche von Bietern verzögert werden, muss jedoch gleichzeitig dem Rechtsschutzinteresse der Bieter Rechnung tragen. Dieser Abwägung der unterschiedlichen Interessenslagen zwischen Auftraggeber und Bietern wird dadurch Rechnung getragen, dass das Vergabeverfahren in Abschnitte geteilt wird. Das Ende eines derartigen Abschnittes ist dann erreicht, wenn der Auftraggeber eine im § 20 Z 13 lit.a BVergG 2002 angeführte gesondert anfechtbare Entscheidung getroffen hat und diese Entscheidung rechtswirksam den am Vergabeverfahren Beteiligten zugegangen ist.

Verabsäumt ein Bieter fristgerecht einen entsprechenden Nachprüfungsantrag zu stellen, sind Einwendungen gegen die getroffene Entscheidung des Auftraggebers präkludiert. Diese Präklusion umfasst nicht nur die gesondert anfechtbaren Entscheidungen, sondern auch alle, diesem Vergabeverfahrensabschnitt vorhergegangenen, nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen. In ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2006 führt die Antragsgegnerin aus, dass eine allfällige Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar sei; die Rechtswidrigkeiten der Bestbieterbieterermittlung könnten daher in einem Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden. Dieser Argumentationslinie ist jedoch das System des Bundesvergabegesetzes, das gesondert anfechtbare Entscheidungen vorsieht, verbunden mit den daraus resultierenden Präklusionswirkungen, entgegenzuhalten. Ziel der Präklusion ist ein rasches, aber auch effizientes Rechtsschutzverfahren sicherzustellen. Das Vergabeverfahren soll auch nicht durch willkürliche Einsprüche von Bietern verzögert werden, muss jedoch gleichzeitig dem Rechtsschutzinteresse der Bieter Rechnung tragen. Dieser Abwägung der unterschiedlichen Interessenslagen zwischen Auftraggeber und Bietern wird dadurch Rechnung getragen, dass das Vergabeverfahren in Abschnitte geteilt wird. Das Ende eines derartigen Abschnittes ist dann erreicht, wenn der Auftraggeber eine im Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, BVergG 2002 angeführte gesondert anfechtbare Entscheidung getroffen hat und diese Entscheidung rechtswirksam den am Vergabeverfahren Beteiligten zugegangen ist. Verabsäumt ein Bieter fristgerecht einen entsprechenden Nachprüfungsantrag zu stellen, sind Einwendungen gegen die getroffene Entscheidung des Auftraggebers präkludiert. Diese Präklusion umfasst nicht nur die gesondert anfechtbaren Entscheidungen, sondern auch alle, diesem Vergabeverfahrensabschnitt vorhergegangenen, nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen.

Im Zusammenhang mit den Nachprüfungsfristen ergibt sich somit ein sehr straffes Zeitfenster, in dem ein Bieter zur

Wahrung seiner Rechtsschutzinteressen tätig werden muss, ansonsten er seine Einwendungen gegen Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr vorbringen kann. Sind die gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers nicht angefochten bzw. von der Rechtsschutzbehörde bestätigt worden, sind diese Entscheidungen die Grundlage des weiteren Vergabeverfahrens.

Seitens der Antragsgegnerin wurde die Bekanntgabe der Bewertung der letztgültigen Angebote als sonstige Festlegung qualifiziert. Folgt man der oben dargestellten Systematik der gesondert anfechtbaren Entscheidungen, folgt daraus zwingend, dass Rechtswidrigkeiten dieser Bestbieterermittlung - die als sonstige Festlegung zu qualifizieren ist - später nicht mehr gerügt werden können, da nach Fristablauf Einwendungen präkludiert sind. Den Ausführungen der Antragsgegnerin, dass ein Verbot von Verhandlungen mit anderen Bietern niemals das gelindeste Mittel sein könne, ist entgegenzuhalten, dass in dem von der Antragsgegnerin gewählten Ablauf des Verhandlungsverfahrens nach der Bekanntgabe der Bewertung der letztgültigen Angebote das Vergabeverfahren nur mit dem ermittelten Bestbieter fortgesetzt wird.

Aus Gründen der Gleichbehandlung aller Bieter erscheint es daher notwendig ein Verbot weiterer Verhandlungsschritte zu verfügen, um die Fortführung des Vergabeverfahrens zu verhindern. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt in erster Linie, dass der Auftraggeber den Bietern während des gesamten Vergabeverfahrens gleiche Chancen einräumen muss. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz gilt für die gesamte Dauer des Vergabeverfahrens. Da ein Vergabeverfahren erst mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung endet, liegt somit noch ein laufendes Vergabeverfahren vor. Da die gesamte Verhandlungsführung auf dem Grundsatz der Chancengleichheit und Gleichbehandlung aufgebaut werden muss, haben die Bieter gleich behandelt zu werden. Auch darf durch unterschiedliche Informationserteilung keine ungleiche Wettbewerbssituation geschaffen werden.

Auf das von der Antragsgegnerin vorgebrachte Risiko einer Veränderung der Zinsstrukturkurve und den daraus resultierenden öffentlichen Interesse an Vermeidung von daraus resultierenden Mehrbelastungen ist entgegenzuhalten, dass sich Zinsstrukturkurven nicht bloß in eine Richtung verändern können. Theoretisch wäre es daher auch denkbar, dass der Zinssatz in den kommenden Wochen sinkt und der ASFINAG daher aus der beantragten einstweiligen Verfügung ein Vorteil entsteht. Andererseits bleibt auch darauf hinzuweisen, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Erhebung von Nachprüfungsanträgen und Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in sein zeitliches Kalkül einbeziehen muss, und die freiwillige Übernahme eines Zinsrisikos nicht zu Lasten des Antragstellers und gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gehen kann.

Dokumentnummer

VERGT_20060713_N_0054_BVA_09_2006_EV16_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