

TE Verg Bescheid 2006/6/23 N/0036-BVA/02/2006-22

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.06.2006

Norm

AVG §32 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §25 Abs3

BVergG 2006 §64

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §318 Abs3

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322 Abs2 Z2

1. AVG § 32 heute
2. AVG § 32 gültig ab 01.02.1991

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

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 64 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Lärmtechnische Untersuchungen im Rahmen des Einreichprojektes (inkl. UVE)", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X*** vom 16. Mai 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek und Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Lärmtechnische Untersuchungen im Rahmen des Einreichprojektes (inkl. UVE)", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X*** vom 16. Mai 2006, wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag "auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu auf Streichung der in Teil 4 der Ausschreibungsunterlagen auf den Seiten 5, 8 und 10 angeführten Subkriterien 'Planungstiefe' und Streichung des im Teil 4 auf Seite 4 und 13 angeführten Auswahlkriteriums 'besondere fachspezifische Qualifikation' samt aller Subkriterien", wird zurückgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag "auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühr durch den Ausspruch, dass die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft schuldig ist, die von der Antragstellerin entrichteten Antragsgebühren in Höhe

von insgesamt EUR 1.600,-- zu Handen ihrer rechtsfreundlichen Vertretung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird abgewiesen.

Begründung

Die Bekanntmachung zur Ausschreibung im Vergabeverfahren "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Lärmtechnische Untersuchungen im Rahmen des Einreichprojektes (inkl. UVE)" wurde am 4. Mai 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik: Amtliche Lieferanzeiger zu L 312715 veröffentlicht. Aus der Bekanntmachung ergibt sich, dass der als Dienstleistungsauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines zweistufigen nicht offenen Verfahrens an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden soll. Die Vertragslaufzeit bzw. der Beginn und das Ende der Auftragsausführung sind mit 1.7.2006 bis 31.7.2008 angegeben. Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge zur öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises (1. Stufe) ist der 19.5.2006, 11.00 Uhr, vorgesehen. Der Auftraggeber beabsichtigt, 5 Bewerber nach den Kriterien Qualifikation, personelle Ausstattung, Erfahrungen insbesondere im Bereich lärmtechnische Untersuchung bei Straßenprojekten, Schieneninfrastrukturprojekten und Kenntnis der projektspezifischen, europäischen und innerstaatlichen Rechtslage für das nicht offene Verfahren auszuwählen.

Mit Schriftsatz vom 16. Mai 2006 stellte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), die im Spruch ersichtlichen Begehren. Damit in Verbindung wurden Anträge auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz vom 16. Mai 2006 stellte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), die im Spruch ersichtlichen Begehren. Damit in Verbindung wurden Anträge auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Begründend führte die Antragstellerin im diesem Schriftsatz sowie in einem weiteren vom 7. Juni 2006 im Wesentlichen aus, dass die vom Auftraggeber vorgesehenen Auswahlkriterien "Referenzprojekte" und "besondere fachspezifische Qualifikation" rechtswidrig seien. Der Auftraggeber bewerte ua. Referenzen in den 3 unterschiedlichen "Referenzkategorien", nämlich in "Lärmtechnische Untersuchung Straßenprojekte", "Lärmtechnische Untersuchung Schieneninfrastruktur" und "Lärmtechnische Beurteilung Bauphase" nach dem Subkriterium "Planungstiefe", wobei die höchste Punkteanzahl im Zusammenhang mit dem UVP-Verfahren zu erhalten sei. Eine bessere Bewertung von Referenzen im Zusammenhang mit UVP-Verfahren führe insbesondere dazu, dass viele ausländische bzw. inländische Bieter mit verstärktem ausländischem Engagement zwangsläufig schlechter bewertet würden, denn UVP-Verfahren seien nicht in allen EU- bzw. EWR Mitgliedstaaten vorgesehen. Mit den gegenständlichen Ausschreibungsvorgaben werde somit eine regionale, auf bestimmte Mitgliedstaaten beschränkte Referenz besser bewertet. Auch im Unterschwellenbereich gelte der primärrechtliche Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Die Bevorzugung von Referenzen im UVP-Verfahren bzw. die daraus vom Auftraggeber abgeleitete "Kenntnis der projektspezifischen Rechtslage", somit die Bevorzugung von Unternehmen, die bereits regional tätig gewesen seien, sei rechtswidrig. Nach der Rechtsprechung des EuGH diskriminiere eine Entscheidung des Auftraggebers zugunsten eines Wirtschaftsteilnehmers, der bereits auf dem betreffenden Markt tätig gewesen sei bzw. wenn das Kriterium von einem inländischen Wirtschaftsteilnehmer leichter erfüllt werden könne.

Das in allen Referenzkategorien festgelegte Subkriterium "Planungstiefe" diskriminiere und verstoße somit gegen §§ 2 Z 20 lit.a und 103 Abs. 6 BVergG. Das in allen Referenzkategorien festgelegte Subkriterium "Planungstiefe" diskriminiere und verstoße somit gegen Paragraphen 2, Ziffer 20, Litera a und 103 Absatz 6, BVergG.

Bei 3 weiteren Subkriterien, nämlich 1. "Mitarbeit in einem Fachnormenausschuss (Lärmschutz, Akustik)", 2. "Mitarbeit im RVS-Ausschuss "Verkehr und Umwelt" - Arbeitsausschuss, verkehrsbedingte Emissionen (Lärm- und Schadstoff)" oder im Ausschuss "Eisenbahn-Ingenieurbau" - Arbeitsausschuss "Lärmschutzwände" oder "Schienenverkehrslärm" und 3. "Mitarbeit in einer Fachorganisation Fachbereich Lärm (z.B.: ÖAL)" bei dem Auswahlkriterium "Besondere fachspezifische Qualifikation" sei auf die Mitarbeit in bestimmten Ausschüssen oder Fachorganisationen abzustellen, was ebenfalls diskriminierend und unsachlich sei. Es seien jene Bieter bevorzugt, die (durch ihre Mitarbeiter) in einem der genannten Ausschüsse vertreten werden. Für die Mitarbeit in diesen Ausschüssen oder Fachorganisationen sei keine ausschussspezifische bzw. organisationsspezifische Qualifikation (Ausbildung mit Berufserfahrung) notwendig, sodass aus der Mitarbeit nicht auf eine besondere Qualifikation der Mitarbeiter geschlossen werden könne. Gleiches gelte auch für das Subkriterium "gerichtlich beeideter Sachverständiger für Lärmschutz". Aus der Mitarbeit in einem

solchen Ausschuss könne selbst, wenn dort tatsächlich eine intensive fachliche Auseinandersetzung und ein Erfahrungsaustausch stattfinde, nicht zwangsläufig auf eine besondere oder besser Qualifikation eines bestimmten Ausschussmitgliedes geschlossen werden. Dabei werde überdies jeder andere Bewerber diskriminiert, der sein "Spezialwissen" auf andere Weise erlangt habe.

So würden auch bestimmte inhaltliche und formale Voraussetzungen, die für die Eintragung als gerichtlich beeideter Sachverständiger zu erfüllen seien, auch von anderen (nicht beeideten) Sachverständigen erfüllt. Der einzige Unterschied bestehe im Wesentlichen in dem gemäß § 5 STG vom Sachverständigen abzulegenden Eid. Die Auftraggeberin bewerte demnach bestimmte Bewerber nur deshalb besser, weil diese bzw. deren Mitarbeiter einen Eid zwecks Einträge in die Sachverständigenliste abgelegt hätten. So würden auch bestimmte inhaltliche und formale Voraussetzungen, die für die Eintragung als gerichtlich beeideter Sachverständiger zu erfüllen seien, auch von anderen (nicht beeideten) Sachverständigen erfüllt. Der einzige Unterschied bestehe im Wesentlichen in dem gemäß Paragraph 5, STG vom Sachverständigen abzulegenden Eid. Die Auftraggeberin bewerte demnach bestimmte Bewerber nur deshalb besser, weil diese bzw. deren Mitarbeiter einen Eid zwecks Einträge in die Sachverständigenliste abgelegt hätten.

Auch beim Kriterium "Tätigkeit als UVP-Gutachter Fachbereich Lärm" werde abermals rechtswidrig auf das UVP-Verfahren abgestellt. Die gegenständlich festgelegten Subkriterien seien unsachlich und legten den Verdacht nahe, dass sie den Lebensläufen der Mitarbeiter eines potenziellen Bewerbers entnommen seien. Hinzu komme, dass bei allen Subkriterien danach differenziert werde, ob die Mitarbeit, Tätigkeit bzw. gerichtliche Beeidung "nach österreichischer Rechtslage" oder "innerhalb des EWR" erfolge. Die Mitarbeit, Tätigkeit oder Beeidung "nach österreichischer Rechtslage" werde jeweils besser bewertet, als "innerhalb des EWR". Das Auswahlkriterium "Besondere fachspezifische Qualifikation" verstoße daher ebenfalls gegen §§ 2 Z 2 lit.a und 103 Abs. 6 BVergG. Auch beim Kriterium "Tätigkeit als UVP-Gutachter Fachbereich Lärm" werde abermals rechtswidrig auf das UVP-Verfahren abgestellt. Die gegenständlich festgelegten Subkriterien seien unsachlich und legten den Verdacht nahe, dass sie den Lebensläufen der Mitarbeiter eines potenziellen Bewerbers entnommen seien. Hinzu komme, dass bei allen Subkriterien danach differenziert werde, ob die Mitarbeit, Tätigkeit bzw. gerichtliche Beeidung "nach österreichischer Rechtslage" oder "innerhalb des EWR" erfolge. Die Mitarbeit, Tätigkeit oder Beeidung "nach österreichischer Rechtslage" werde jeweils besser bewertet, als "innerhalb des EWR". Das Auswahlkriterium "Besondere fachspezifische Qualifikation" verstoße daher ebenfalls gegen Paragraphen 2, Ziffer 2, Litera a und 103 Absatz 6, BVergG.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages brachte die Antragstellerin vor, sie wolle sich am Vergabeverfahren beteiligen und letztlich den Auftrag erhalten, um damit einen entsprechenden Gewinn zu erwirtschaften. Sie werde durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Festlegung rechtskonformer und nicht diskriminierender Auswahlkriterien verletzt.

Für die Beschaffung und das Studium der Ausschreibungsunterlagen seien der Antragstellerin bisher Kosten in der Höhe von zumindest Euro 7.000,- entstanden. Würden die Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung nicht behoben, sei sie nicht in der Lage, sich Erfolg versprechend an der Ausschreibung zu beteiligen bzw. einen konkurrenzfähigen Teilnahmeantrag zu stellen. In weiterer Folge würde sie nicht zur Angebotslegung eingeladen und gehe damit der Chance auf Erhalt des Auftrages verlustig. Weiters drohe der Antragstellerin ein Schaden aus den Kosten für das gegenständliche Rechtsschutzverfahren für den Nachprüfungsantrag in Höhe von Euro 1.600,- sowie der rechtsfreundlichen Vertretung in Höhe von derzeit rund Euro 2.000,- und ein Schaden aus entgangenem Gewinn, der in dieser Stufe des Vergabeverfahrens mangels Vorliegens einer detaillierten Leistungsbeschreibung nicht seriös bezifferbar sei. Schließlich verliere die Antragstellerin durch die Unmöglichkeit der Erstellung eines Erfolg versprechenden Teilnahmeantrages die Chance auf die weitere Beteiligung am Vergabeverfahren und damit auf ein wichtiges Referenzprojekt für zukünftige Vergabeverfahren.

Der Antrag auf Nachprüfung sei rechtzeitig innerhalb der Fristen des § 321 Abs.2 BVergG eingebracht, da im vorliegenden Verfahren die Angebotsfrist noch nicht begonnen habe. Aber auch wenn man unter dem Begriff der "Angebotsfrist" im zweistufigen Verfahren die Teilnahmefrist subsumiere, sei der Antrag rechtzeitig. Maßgeblich für die Berechnung der Teilnahmeantragsfristen im Unterschwellenbereich sei gemäß § 64 BVergG der Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung, somit der 4.5.2006. Der Antrag auf Nachprüfung sei rechtzeitig innerhalb der Fristen des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG eingebracht, da im vorliegenden Verfahren die

Angebotsfrist noch nicht begonnen habe. Aber auch wenn man unter dem Begriff der "Angebotsfrist" im zweistufigen Verfahren die Teilnahmeantragsfrist subsumiere, sei der Antrag rechtzeitig. Maßgeblich für die Berechnung der Teilnahmeantragsfristen im Unterschwellenbereich sei gemäß Paragraph 64, BVergG der Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung, somit der 4.5.2006.

§ 64 leg. cit sei keine lex specialis gegenüber § 56 leg. cit, § 64 BVergG regle bloß den Beginn der Teilnahmeantragsfrist, § 56 leg. cit enthalte demgegenüber Bestimmungen für die Berechnung der Fristen. Da gem. § 56 Abs. 3 BVergG der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitzurechnen sei, sei der erste für die Fristberechnung maßgebliche Tag daher der 5.5.2006, der 15. Tag wäre gemäß § 56 Abs. 4 BVergG der 19.5.2006, 24:00 Uhr, die Teilnahmeantragsfrist ende aber bereits am 19.5.2006, 11:00 Uhr. Die vom Auftraggeber festgelegte Teilnahmeantragsfrist betrage daher weniger als 15 Tage und die Anfechtungsfrist ende somit nicht 7 Tage, sondern nur 3 Tage vor dem 19.5.2006, 11:00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch bei Anwendung von § 321 Abs. 1 BVergG rechtzeitig, da die Antragstellerin erst am 9.5.2006 von den Ausschreibungsunterlagen Kenntnis erlangt habe. Da in der Bekanntmachung ein Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben gewesen sei, habe die Antragstellerin darauf vertrauen dürfen, dass die Anfechtung innerhalb der Fristen für den Oberschwellenbereich möglich sei. Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung, laufe im Ergebnis auf die Verweigerung eines effektiven Rechtsschutzes hinaus, da die Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen - selbst wenn diese vom Auftraggeber am 4.5.2006 zur Abholung bereit gehalten worden seien - erst schriftlich per Fax oder e-mail anfordern konnte. Auf Aufforderung vom 4.5.2006 habe die Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen erst am 9.5.2006 zugestellt erhalten. Im Übrigen sei für den im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Anfechtungsgegenstand "Ausschreibungsunterlagen" nicht die Regelung des § 321 Abs 1 BVergG, sondern vielmehr § 321 Abs 2 BVergG maßgeblich. Paragraph 64, leg. cit sei keine lex specialis gegenüber Paragraph 56, leg. cit, Paragraph 64, BVergG regle bloß den Beginn der Teilnahmeantragsfrist, Paragraph 56, leg. cit enthalte demgegenüber Bestimmungen für die Berechnung der Fristen. Da gem. Paragraph 56, Absatz 3, BVergG der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitzurechnen sei, sei der erste für die Fristberechnung maßgebliche Tag daher der 5.5.2006, der 15. Tag wäre gemäß Paragraph 56, Absatz 4, BVergG der 19.5.2006, 24:00 Uhr, die Teilnahmeantragsfrist ende aber bereits am 19.5.2006, 11:00 Uhr. Die vom Auftraggeber festgelegte Teilnahmeantragsfrist betrage daher weniger als 15 Tage und die Anfechtungsfrist ende somit nicht 7 Tage, sondern nur 3 Tage vor dem 19.5.2006, 11:00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag sei aber auch bei Anwendung von Paragraph 321, Absatz eins, BVergG rechtzeitig, da die Antragstellerin erst am 9.5.2006 von den Ausschreibungsunterlagen Kenntnis erlangt habe. Da in der Bekanntmachung ein Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben gewesen sei, habe die Antragstellerin darauf vertrauen dürfen, dass die Anfechtung innerhalb der Fristen für den Oberschwellenbereich möglich sei. Ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung, laufe im Ergebnis auf die Verweigerung eines effektiven Rechtsschutzes hinaus, da die Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen - selbst wenn diese vom Auftraggeber am 4.5.2006 zur Abholung bereit gehalten worden seien - erst schriftlich per Fax oder e-mail anfordern konnte. Auf Aufforderung vom 4.5.2006 habe die Antragstellerin die Teilnahmeunterlagen erst am 9.5.2006 zugestellt erhalten. Im Übrigen sei für den im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Anfechtungsgegenstand "Ausschreibungsunterlagen" nicht die Regelung des Paragraph 321, Absatz eins B, römisch fünf e, r, g, G,, sondern vielmehr Paragraph 321, Absatz 2, BVergG maßgeblich.

Mit Schriftsatz vom 18. Mai 2006 gab der Auftraggeber bekannt, dass der gegenständliche, dem Unterschwellenbereich zuzuordnende Dienstleistungsauftrag mit einem geschätzten Nettoauftragswert von Euro 150.000,- am 4.5.2006 in der Wiener Zeitung bekannt gemacht worden sei. Das Verfahren befände sich noch in der 1. Stufe und es seien keine Handlungen anderer potentieller Bewerber im gegenständlichen Vergabeverfahren getätigt worden. Mit Schriftsatz vom 1. Juni 2006 informierte der Auftraggeber, dass von den insgesamt 15 Interessenten, die die Bewerbungsunterlagen angefordert hätten, insgesamt 9 Bewerber einen Teilnahmeantrag abgegeben hätten.

In diesen sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 9. Juni 2006 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, die Antragstellerin hätte aufgrund der Bekanntmachung bereits am 4.5.2006 von den Teilnahmeunterlagen Kenntnis erlangen können. Die Ausschreibungsunterlagen seien den potentiellen Bewerbern ab diesem Zeitpunkt am Standort der vergebenden Stelle zur Abholung bereitgestellt worden. Eine Übermittlung bzw. Übergabe der Unterlagen hätte, etwa nach Anforderung per e-mail, noch am Tag der Bekanntmachung erfolgen können. Dass die Antragstellerin erst am 9.5.2006 Kenntnis von den Ausschreibungsunterlagen erhalten habe, sei unerheblich. Die Berücksichtigung des Postlaufes bei der Berechnung der Fristen widerspreche den Fristenbestimmungen des BVergG. Die Berechnung der

Fristen müsse objektiv möglich sein. Nehme man Rücksicht auf den tatsächlichen Erhalt der Unterlagen, sei eine objektive Berechnung der Fristen für den Auftraggeber nicht mehr möglich, da der Zeitpunkt des tatsächlichen Erhalts der Unterlagen bei den einzelnen Bewerbern unterschiedlich sein könne. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien gemäß § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung (nicht offenen Verfahren die Ausschreibung gemäß § 2 Z 16 BVergG) Kenntnis erlangt habe oder erlangen hätte können, einzubringen. Die Antragstellerin habe jedoch erst am 16.5.2006 einen solchen Antrag beim Bundesvergabeamt eingebracht. Anträge auf Nachprüfung seien gemäß § 322 Abs. 2 BVergG jedenfalls unzulässig, wenn sie nicht innerhalb der in 321 BVergG genannten Fristen gestellt würden. In diesen sowie in einem weiteren Schriftsatz vom 9. Juni 2006 führte der Auftraggeber im Wesentlichen aus, die Antragstellerin hätte aufgrund der Bekanntmachung bereits am 4.5.2006 von den Teilnahmeunterlagen Kenntnis erlangen können. Die Ausschreibungsunterlagen seien den potentiellen Bewerbern ab diesem Zeitpunkt am Standort der vergebenden Stelle zur Abholung bereitgestellt worden. Eine Übermittlung bzw. Übergabe der Unterlagen hätte, etwa nach Anforderung per e-mail, noch am Tag der Bekanntmachung erfolgen können. Dass die Antragstellerin erst am 9.5.2006 Kenntnis von den Ausschreibungsunterlagen erhalten habe, sei unerheblich. Die Berücksichtigung des Postlaufes bei der Berechnung der Fristen widerspreche den Fristenbestimmungen des BVergG. Die Berechnung der Fristen müsse objektiv möglich sein. Nehme man Rücksicht auf den tatsächlichen Erhalt der Unterlagen, sei eine objektive Berechnung der Fristen für den Auftraggeber nicht mehr möglich, da der Zeitpunkt des tatsächlichen Erhalts der Unterlagen bei den einzelnen Bewerbern unterschiedlich sein könne. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung (nicht offenen Verfahren die Ausschreibung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, BVergG) Kenntnis erlangt habe oder erlangen hätte können, einzubringen. Die Antragstellerin habe jedoch erst am 16.5.2006 einen solchen Antrag beim Bundesvergabeamt eingebracht. Anträge auf Nachprüfung seien gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG jedenfalls unzulässig, wenn sie nicht innerhalb der in 321 BVergG genannten Fristen gestellt würden.

Selbst unter Heranziehung der Fristenregelung des § 321 Abs. 2 BVergG sei der Antrag der Antragstellerin auf Nachprüfung der Ausschreibung verfristet. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge beginne gemäß § 64 BVergG mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung gemäß § 55 leg. cit, somit am 4.5.2006 und ende am 16. Tag, dem 19.5.2006, 11.00 Uhr. Da die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge nicht weniger als 15 Tage betrug, wäre ein Antrag auf Nachprüfung binnen 7 Tagen vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist einzubringen gewesen. Die Bestimmung des § 56 BVergG sei für den Fristbeginn infolge der klaren Regelung des § 64 leg. cit nicht maßgeblich. Selbst unter Heranziehung der Fristenregelung des Paragraph 321, Absatz 2, BVergG sei der Antrag der Antragstellerin auf Nachprüfung der Ausschreibung verfristet. Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge beginne gemäß Paragraph 64, BVergG mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung gemäß Paragraph 55, leg. cit, somit am 4.5.2006 und ende am 16. Tag, dem 19.5.2006, 11.00 Uhr. Da die Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge nicht weniger als 15 Tage betrug, wäre ein Antrag auf Nachprüfung binnen 7 Tagen vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist einzubringen gewesen. Die Bestimmung des Paragraph 56, BVergG sei für den Fristbeginn infolge der klaren Regelung des Paragraph 64, leg. cit nicht maßgeblich.

Zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass die vom Auftraggeber festgelegten Auswahlkriterien den Vorgaben des BVergG entsprächen. Dem Auftraggeber komme bei der Auswahl der geeigneten Bewerber grundsätzlich Ermessen zu. Ihm sei es grundsätzlich überlassen, welche Auswahlkriterien er anwenden wolle. Er sei lediglich insofern eingeschränkt, als er die Auswahlkriterien nicht willkürlich festlegen dürfe oder er keine sachfremden Kriterien heranziehen dürfe. Die im gegenständlichen Vergabeverfahren festgelegten Auswahlkriterien seien geeignet, dass der Auftraggeber sein Ermessen nach objektiven Gesichtspunkten handhabe und dass kein Aspekt willkürlicher Auswahl enthalten sei.

Umweltverträglichkeitsprüfungen (UVP) seien seit ca. 10 Jahren gesetzlich definierter Standard bei der Genehmigung von Großbauvorhaben. Erst danach sei zu entscheiden, ob das Vorhaben genehmigt oder errichtet werden dürfe. Alle möglichen Umweltauswirkungen von großen Vorhaben, wie z.B.: Autobahnen seien vom Antragsteller der UVP im Rahmen der Umweltverträglichkeitserklärung (UVE) darzustellen und zu bewerten, wobei die Angaben des Antragstellers der UVP von der Behörde unter Beteiligung von Sachverständigen aus verschiedenen Fachbereichen (Techniker, Biologen, Chemiker, Verkehrsexperten, Humanmedizinern, etc.) der betroffenen Behörden überprüft

würden. Das Finden eines fachlich qualifizierten Auftragnehmers, der über entsprechende Erfahrung in Zusammenhang mit der Durchführung eines Verfahrens zur UVP verfüge, sei für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung von zentraler Bedeutung. Der spätere Auftragnehmer müsse sich bereits mit den Besonderheiten des UVP-G auseinander gesetzt haben, um die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß abwickeln zu können. Eine Benachteiligung von ausländischen Bewerbern könne dabei nicht erblickt werden, denn es liege nicht im Einflussbereich des Auftraggebers, wenn nicht in allen EU bzw. EWR-Mitgliedstaaten UVP-Verfahren vorgesehen seien. Ausländischen Bietern stehe es frei, sich im gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen. Das Auswahlkriterium "Kenntnis der projektspezifischen Rechtslage, insbesondere Erfahrungen mit erforderlichen Behördenverfahren", sei sachlich gerechtfertigt.

Die Bewertung des Subkriteriums "Planungstiefe" beim Auswahlkriterium "Referenzprojekte", wonach an Referenzprojekte, die im Zusammenhang mit einem UVP-Verfahren stehen, eine höhere Punktzahl zu vergeben sei, biete dem Auftraggeber die Möglichkeit der Auswahl der "Bestgeeigneten" unter den insgesamt geeigneten Bietern und stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der späteren Leistungserfüllung. Für eine vergleichende und reihende Wertung der Bewerber im gegenständlichen Vergabeverfahren sei die Erfüllung dieser Voraussetzung unabdingbar. Eine höhere Bewertung der fachlichen Voraussetzungen im Hinblick auf UVP-Verfahren lasse weder Willkür noch Sachwidrigkeit erkennen.

Der Ansicht der Antragstellerin, wonach die Bewertung der Mitarbeiter in Fachausschüssen beim Auswahlkriterium "Besondere fachspezifische Qualifikation" unsachlich und diskriminierend sei, könne nicht gefolgt werden. In solchen Fachausschüssen komme es im Zuge einer intensiven Auseinandersetzung mit aktuellen Problemen und Sachverhalten der jeweiligen Fachgebiete zu einem nicht zu unterschätzenden Erfahrungsaustausch der Teilnehmer. Zentrale Rolle in der Abwicklung von Untersuchungen im Rahmen eines UVP-Verfahrens spielten zweifellos zB die Kenntnis von aktuell in Diskussion stehenden Problemkreisen oder die Kenntnis von neuen Technologien. Die Bewertung dieses "Spezialwissens" sei weder unsachlich noch diskriminierend.

Das Gleiche gelte auch für das Kriterium "gerichtlich beeideter Sachverständiger". Im Zuge des UVP-verfahrens werde die ausgeschriebene Leistung von einem gerichtlich beeideten Sachverständigen beurteilt. Um dieser Beurteilung standhalten zu können, sei eine gleichwertige Qualifikation des Erstellers der UVP-Unterlagen von Vorteil. Dieses Kriterium stehe somit mit der späteren Leistungsausführung in unmittelbarem Zusammenhang. Auch sei die Kenntnis der innerstaatlichen Rechtslage für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen von zentraler Bedeutung. Nachdem es sich bei der Antragstellerin um einen inländischen Bewerber handle, könne er durch das Auswahlkriterium "Österreichische Rechtslage oder innerhalb des EWR" in seinen subjektiven Rechten nicht verletzt werden.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23. Mai 2006, GZ N/0036- BVA/02/2006-EV10 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 27. Juni 2006, untersagt wurde, im Vergabeverfahren "S 1 Wiener Außenring Schnellstraße, Schwechat - Süßenbrunn, Lärmtechnische Untersuchungen im Rahmen des Einreichprojektes (inkl. UVE)" die Teilnahmeanträge zu öffnen.

In der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2006 bekräftigte die Antragstellerin, dass anlässlich der Veröffentlichung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung mit Bekanntmachung in der Wiener Zeitung vom 4.5.2006 nicht auf die Abholung der Unterlagen Bezug genommen wurde sei. Sie habe daher, entsprechend den Möglichkeiten die Ausschreibungsunterlagen per e-Mail oder per Fax schriftlich anzufordern, diese noch am 4.5.2006 per Fax angefordert und erst am 9.5.2006 erhalten. § 56 Abs. 3 BVergG 2006 gebe klar vor, dass der Tag des Frist auslösenden Ereignisses bei der Berechnung der Frist nicht mitzurechnen sei. In der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 2006 bekräftigte die Antragstellerin, dass anlässlich der Veröffentlichung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung mit Bekanntmachung in der Wiener Zeitung vom 4.5.2006 nicht auf die Abholung der Unterlagen Bezug genommen wurde sei. Sie habe daher, entsprechend den Möglichkeiten die Ausschreibungsunterlagen per e-Mail oder per Fax schriftlich anzufordern, diese noch am 4.5.2006 per Fax angefordert und erst am 9.5.2006 erhalten. Paragraph 56, Absatz 3, BVergG 2006 gebe klar vor, dass der Tag des Frist auslösenden Ereignisses bei der Berechnung der Frist nicht mitzurechnen sei.

Weiters brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass bei der Bewertung des Auswahlkriteriums "gerichtlich

beeideter Sachverständiger" die Qualität von nicht in die Sachverständigenliste eingetragenen Mitarbeitern nicht bewertbar seien, obwohl solche Mitarbeiter die gleichen Erfahrungen aufweisen könnten, wie Mitarbeiter von Unternehmen die in die Sachverständigenliste eingetragen seien. Auch sei die Differenzierung zwischen EWR-Raum und österreichischer Rechtslage bei diversen Auswahlkriterien für ein inländisches Unternehmen diskriminierend, weil dadurch ausländische Partnerunternehmen (ARGE-Partner, Subunternehmer) des inländischen Bieters schlechter bewertet würden.

Der Auftraggeber hob hervor, dass die ausgeschriebenen Leistungen ihren Schwerpunkt in der Erstellung der Fachbeiträge für eine Umweltverträglichkeitserklärung (UVE) hätten, welche für die Einreichung zum Verfahren einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) Voraussetzung seien. Von Seiten des Auftraggebers werde daher besonderes Augenmerk auf die Erstellung dieser Unterlagen gelegt. Da die Verfahren zur UVE bzw. UVP in Österreich mit jenen im EU-Raum nicht vergleichbar seien, sei die Kenntnis der österreichischen Rechtslage von zentraler Bedeutung. In Deutschland beginne zB das UVP-Verfahren bei der Trassenvorauswahl, während in Österreich der gesamte Planungsprozess der UVP-Pflicht unterliege. Auch sei mit der Beschäftigung von sachverständigen Mitarbeitern eine entsprechende Qualitätsverbesserung des Unternehmens verbunden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Rechtslage:römisch eins. Rechtslage:

Gemäß § 345 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 ist das BVergG 2006 mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz eins Z, 1 BVergG 2006 ist das BVergG 2006 mit 1. Februar 2006 in Kraft getreten.

Die Bekanntmachung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung erfolgte am 4. Mai 2006. Da somit das Vergabeverfahren erst nach dem 1. Februar 2006 eingeleitet wurde und sowohl der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als auch der Antrag auf Nachprüfung nach dem 1. Februar 2006 eingebracht wurden, sind die Bestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden.

II. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch zwei. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG 2006 zu verstehen. Der Auftrag wird in Form eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 3 BVergG 2006 vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Angaben des Auftraggebers Euro 150.000,- exkl. Ust., der Auftrag ist somit dem Unterschwellenbereich zuzuordnen (vgl. unmittelbar anwendbare Verordnung Nr. 2083/205 der Kommission vom 19.12.2005 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und Rates). Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG 2006 zu verstehen. Der Auftrag wird in Form eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG 2006 vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Angaben des Auftraggebers Euro 150.000,- exkl. Ust., der Auftrag ist somit dem Unterschwellenbereich zuzuordnen vergleiche unmittelbar anwendbare Verordnung Nr. 2083/205 der Kommission vom 19.12.2005 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und Rates).

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch kein Zuschlag erteilt und das Verfahren noch nicht widerrufen.

III. Zu Spruchpunkt 1:römisch drei. Zu Spruchpunkt 1:

Zulässigkeit des Antrages:

Gemäß § 321 Abs. 2 BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen

1. 1. Ziffer eins

sofern die Angebotsfrist bzw. die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, binnen drei Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten,

2. 2. Ziffer 2

in allen übrigen Fällen binnen sieben Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen.

Gemäß § 322 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist der Antrag unzulässig, wenn er nicht innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird. Gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist der Antrag unzulässig, wenn er nicht innerhalb der in Paragraph 321, genannten Fristen gestellt wird.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006 ist im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006 ist im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers.

Zur Vergabe gelangt ein Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich in einem nicht offenen Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 3 BVergG 2006. Das Verfahren befindet sich in der Phase, in der der Auftraggeber mit Bekanntmachung vom 4.5.2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger zu L 312715 eine unbestimmte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert hat. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers "Öffentliche Erkundung des Bewerberkreises". In der Ausschreibungsunterlage ist als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge der 19.5.2006, 11:00 Uhr, vorgesehen. Zur Vergabe gelangt ein Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich in einem nicht offenen Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG 2006. Das Verfahren befindet sich in der Phase, in der der Auftraggeber mit Bekanntmachung vom 4.5.2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung/Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger zu L 312715 eine unbestimmte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert hat. Die Antragstellerin bekämpft die gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers "Öffentliche Erkundung des Bewerberkreises". In der Ausschreibungsunterlage ist als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge der 19.5.2006, 11:00 Uhr, vorgesehen.

§ 321 BVergG 2006 regelt die Fristen für Nachprüfungsanträge, wobei Abs. 2 für Nachprüfungsanträge betreffend Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen spezielle Bestimmungen vorsieht. Diese sind, wie auch die Antragstellerin selbst ausdrücklich bestätigt, für den in diesem Rechtsschutzverfahren maßgeblichen Anfechtungsgegenstand "Ausschreibungsunterlagen" entscheidend. Paragraph 321, BVergG 2006 regelt die Fristen für Nachprüfungsanträge, wobei Absatz 2, für Nachprüfungsanträge betreffend Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen spezielle Bestimmungen vorsieht. Diese sind, wie auch die Antragstellerin selbst ausdrücklich bestätigt, für den in diesem Rechtsschutzverfahren maßgeblichen Anfechtungsgegenstand "Ausschreibungsunterlagen" entscheidend.

Dem Argument der Antragstellerin, der Lauf der Angebotsfrist hätte im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht einmal begonnen, ist folgendes entgegen zu halten: Aus der Aufzählung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 2 Z 16 lit. a sublit. bb BVergG 2006 ergibt sich, dass unter der Ausschreibung im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu verstehen ist. In diesem Sinne ist auch § 321 Abs. 2 leg. cit. zu interpretieren, der von Anträgen auf Nachprüfung der Ausschreibung und Wettbewerbsunterlagen spricht. Im Rahmen dieses Verfahrens erfolgt erst die Aufforderung zur Angebotsabgabe nach der Auswahl der Teilnahmeanträge. Dem Argument der Antragstellerin, der Lauf der Angebotsfrist hätte im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht einmal begonnen, ist folgendes entgegen zu halten: Aus der Aufzählung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sublit. bb BVergG 2006 ergibt sich, dass unter der Ausschreibung im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu verstehen ist. In diesem Sinne ist auch Paragraph 321, Absatz 2, leg. cit. zu interpretieren, der von Anträgen auf Nachprüfung der Ausschreibung und Wettbewerbsunterlagen spricht. Im Rahmen dieses Verfahrens erfolgt erst die Aufforderung zur Angebotsabgabe nach der Auswahl der Teilnahmeanträge.

In den Materialien zum Beginn des Fristenlaufs wird ausgeführt, dass da im Falle der Bekämpfung von Ausschreibungsunterlagen ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung bzw. Absendung in der Praxis häufig dazu führen würde, dass bei der (üblicherweise erst gegen Ende der Angebotsfrist stattfindenden) Angebotserstellung

entdeckte Probleme im Zusammenhang mit den Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen von den Unternehmern wegen der zwischenzeitig eingetretenen Präklusion nicht mehr releviert werden könnten, Nachprüfungsanträge betreffend Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen daher grundsätzlich bis sieben Tage vor Ablauf der entsprechenden Einreichfrist, in Fällen, in denen diese Frist weniger als 15 Tage beträgt, bis drei Tage davor, gestellt werden können (vgl. RV 1171 Blg. NR. 22. GP 138). In den Materialien zum Beginn des Fristenlaufs wird ausgeführt, dass da im Falle der Bekämpfung von Ausschreibungsunterlagen ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung bzw. Absendung in der Praxis häufig dazu führen würde, dass bei der (üblicherweise erst gegen Ende der Angebotsfrist stattfindenden) Angebotserstellung entdeckte Probleme im Zusammenhang mit den Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen von den Unternehmern wegen der zwischenzeitig eingetretenen Präklusion nicht mehr releviert werden könnten, Nachprüfungsanträge betreffend Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen daher grundsätzlich bis sieben Tage vor Ablauf der entsprechenden Einreichfrist, in Fällen, in denen diese Frist weniger als 15 Tage beträgt, bis drei Tage davor, gestellt werden können (vergleiche Regierungsvorlage 1171 Blg. NR. 22. Gesetzgebungsperiode 138).

Gemäß § 64 BVergG 2006 beträgt beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich die vom Auftraggeber festzusetzende Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren mindestens 14 Tage. Sie beginnt mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung gemäß § 55 und endet mit dem Zeitpunkt an dem die Teilnahmeanträge eingehen müssen. Gemäß Paragraph 64, BVergG 2006 beträgt beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich die vom Auftraggeber festzusetzende Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren mindestens 14 Tage. Sie beginnt mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung gemäß Paragraph 55 und endet mit dem Zeitpunkt an dem die Teilnahmeanträge eingehen müssen.

Entsprechend der ausdrücklichen Bezeichnung als Regelung für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, enthält § 64 BVergG 2006 jene Bestimmungen, die für die Fristenberechnung von Teilnahmeantragsfristen für bestimmte Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, worunter auch das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung fällt, heranzuziehen sind. Da gemäß § 55 Abs. 1 BVergG 2006 mehrere, zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgende Publikationen möglich sind, stellt § 64 leg. cit. klar, dass es auf die erstmalige Verfügbarkeit der Bekanntmachung ankommt (vgl. 1171 Blg. NR. 22. GP 59). Entsprechend der ausdrücklichen Bezeichnung als Regelung für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, enthält Paragraph 64, BVergG 2006 jene Bestimmungen, die für die Fristenberechnung von Teilnahmeantragsfristen für bestimmte Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, worunter auch das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung fällt, heranzuziehen sind. Da gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG 2006 mehrere, zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfolgende Publikationen möglich sind, stellt Paragraph 64, leg. cit. klar, dass es auf die erstmalige Verfügbarkeit der Bekanntmachung ankommt (vergleiche 1171 Blg. NR. 22. Gesetzgebungsperiode 59).

Die Bekanntmachung "öffentliche Erkundung des Bewerberkreises" und damit die Ausschreibung der 1. Stufe war für die Antragstellerin, wie sie selbst im übrigen schon im verfahrenseinleitenden Schriftsatz vom 16. Mai 2006 bestätigt, erstmalig mit Veröffentlichung der Bekanntmachung in der Wiener Zeitung am 4.5.2006 verfügbar. Die Antragstellerin hatte somit bereits am 4.5.2006 tatsächlich Kenntnis von der nunmehr bekämpften Entscheidung des Auftraggebers erlangt. Gemäß den Materialien zu § 321 BVergG 2006 beginnt die Antragsfrist in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung öffentlich bekannt zu machen ist, der Unternehmer objektiv gesehen jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt, zumal er zu diesem Zeitpunkt bereits tatsächlich Kenntnis erlangen hätte können. Nur solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht, insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird, beginnt die Frist nicht zu laufen (vgl. 1171 Blg. NR. 22. GP 138). Die Bekanntmachung "öffentliche Erkundung des Bewerberkreises" und damit die Ausschreibung der 1. Stufe war für die Antragstellerin, wie sie selbst im übrigen schon im verfahrenseinleitenden Schriftsatz vom 16. Mai 2006 bestätigt, erstmalig mit Veröffentlichung der Bekanntmachung in der Wiener Zeitung am 4.5.2006 verfügbar. Die Antragstellerin hatte somit bereits am 4.5.2006 tatsächlich Kenntnis von der nunmehr bekämpften Entscheidung des Auftraggebers erlangt. Gemäß den Materialien zu Paragraph 321, BVergG 2006 beginnt die Antragsfrist in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen

hätte können. Dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung öffentlich bekannt zu machen ist, der Unternehmer objektiv gesehen jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt, zumal er zu diesem Zeitpunkt bereits tatsächlich Kenntnis erlangen hätte können. Nur solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht, insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird, beginnt die Frist nicht zu laufen (vergleiche 1171 Blg. NR 22. Gesetzgebungsperiode 138).

Aufgrund dieser Erwägungen kann am Beginn des Fristenlaufes auch der Umstand nichts ändern, dass die Antragstellerin, obwohl ihr die Kenntnisnahme der Ausschreibung bereits mit Veröffentlichung der Bekanntmachung am 4.5.2006 ohne Zweifel möglich war, die Teilnahmeunterlagen, nach Anforderung per Faxnachricht vom 4.5.2006, mit Schreiben des Auftraggebers vom 5.5.2006 erst am 9.5.2006 tatsächlich zugestellt erhielt. Der Antragstellerin wäre es entsprechend den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen offen gestanden, die Teilnahmeunterlagen noch am Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung vom Auftraggeber zB per e-mail anzufordern bzw. um eine unverzügliche elektronische Übermittlung zu ersuchen.

Gemäß § 64 BVergG 2006 beginnt die Teilnahmeantragsfrist im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren am 4.5.2006 mit Bekanntmachung und endet nach den Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung am 19.5.2006, 11.00 Uhr. Die Teilnahmeantragsfrist dauert somit nicht weniger, sondern mehr als 15 Tage. Gemäß Paragraph 64, BVergG 2006 beginnt die Teilnahmeantragsfrist im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren am 4.5.2006 mit Bekanntmachung und endet nach den Festlegungen des Auftraggebers in der Ausschreibung am 19.5.2006, 11.00 Uhr. Die Teilnahmeantragsfrist dauert somit nicht weniger, sondern mehr als 15 Tage.

Gemäß § 321 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 sind Nachprüfungsanträge betreffend die Ausschreibungsunterlage, sofern wie im gegenständlichen Fall - e contrario § 321 Abs 2 Z 1 leg. cit. die Teilnahmeantragsfrist nicht weniger als 15 Tage - sondern mehr als 15 Tage beträgt, bis sieben Tage vor Ablauf der entsprechenden Teilnahmeantragsfrist zu stellen. Gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 sind Nachprüfungsanträge betreffend die Ausschreibungsunterlage, sofern wie im gegenständlichen Fall - e contrario Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer eins, leg. cit. die Teilnahmeantragsfrist nicht weniger als 15 Tage - sondern mehr als 15 Tage beträgt, bis sieben Tage vor Ablauf der entsprechenden Teilnahmeantragsfrist zu stellen.

Bei den Präklusionsfristen des § 321 leg.cit. handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen (vgl. RV 1171 Blg NR. 22. GP 137; VfGH 2.3.2002, B 1426/99) deren Berechnung nach § 32f AVG zu erfolgen hat (BVA 24. Mai 2006, N/0045-BVA/04/2006-28). Gemäß § 32 Abs 1 AVG wird bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll. Da bei der Berechnung der Frist zur Beantragung der Nachprüfung der "Öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises" der Tag, an dem laut der Ausschreibung das Ende der Teilnahmeantragsfrist fällt (= 19.5.2006), unberücksichtigt bleibt, war gemäß § 321 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 der letzte Tag für eine fristgerechte Antragstellung vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist der 12. Mai 2006. Der von der Antragstellerin erst am 16. Mai 2006, somit drei Tage vor Ablauf der Einreichfrist am 19. Mai 2006, 11.00 Uhr, per Telefax eingebrachte Nachprüfungsantrag, war somit nicht innerhalb der gesetzlich dafür vorgesehenen Frist eingebracht. Er war daher als verspätet zurückzuweisen. Bei den Präklusionsfristen des Paragraph 321, leg.cit. handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen (vergleiche Regierungsvorlage 1171 Blg NR. 22. Gesetzgebungsperiode 137; VfGH 2.3.2002, B 1426/99) deren Berechnung nach Paragraph 32 f, AVG zu erfolgen hat (BVA 24. Mai 2006, N/0045-BVA/04/2006-28). Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, AVG wird bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll. Da bei der Berechnung der Frist zur Beantragung der Nachprüfung der "Öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises" der Tag, an dem laut der Ausschreibung das Ende der Teilnahmeantragsfrist fällt (= 19.5.2006), unberücksichtigt bleibt, war gemäß Paragraph 321, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 der letzte Tag für eine fristgerechte Antragstellung vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist der 12. Mai 2006. Der von der Antragstellerin erst am 16. Mai 2006, somit drei Tage vor Ablauf der Einreichfrist am 19. Mai 2006, 11.00 Uhr, per Telefax eingebrachte Nachprüfungsantrag, war somit nicht innerhalb der gesetzlich dafür vorgesehenen Frist eingebracht. Er war daher als verspätet zurückzuweisen.

IV. Zu Spruchpunkt 2: römisch vier. Zu Spruchpunkt 2:

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 1. Satz leg. cit. nach dem vom

öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2, 1. Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1. Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2. Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung im Betrag von jeweils Euro 800.--, insgesamt somit Euro 1.600.--, wurden von der Antragstellerin nachweislich am 16. Mai 2006 entrichtet.

Da der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung mit Spruchpunkt 1. zurückgewiesen wurde, und somit ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs. 1 BVergG 2006 nicht vorliegt, findet ein Gebührenersatz für diesen Nachprüfungsantrag nicht statt. Da der Antrag auf Nichtigklärung der Ausschreibung mit Spruchpunkt 1. zurückgewiesen wurde, und somit ein "teilweises Obsiegen" iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 nicht vorliegt, findet ein Gebührenersatz für diesen Nachprüfungsantrag nicht statt.

Mit Bescheid vom 23. Mai 2006, N/0036-BVA/02/2006-EV6 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (teilweise) stattgegeben. Da jedoch dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, kommt gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht. Mit Bescheid vom 23. Mai 2006, N/0036-BVA/02/2006-EV6 wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (teilweise) stattgegeben. Da jedoch dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, kommt gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG 2006 ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Schlagworte

Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, Nichtigklärung Ausschreibung, Teilnahmeantrag, verspätete Antragstellung, Abweisung Ersatz Pauschalgebühren;

Dokumentnummer

VERGT_20060623_N_0036_BVA_02_2006_22_00

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at