

TE Verg Bescheid 2006/6/19 N/0044-BVA/10/2006-EV009

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.06.2006

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, im Verfahren über den Antrag der A*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "S36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1 Tunnelbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch das Amt der Steiermärkischen Landesregierung diese vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, B***, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, eine einstweilige Verfügung für die gesetzlich höchstzulässige Dauer zu erlassen, mit welcher dem Auftraggeber die Fällung und Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung untersagt wird, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 2, BVergG

II.römisch zwei.

Dem Antrag, in eventu, für den Fall, dass die Zuschlagsentscheidung bereits bekannt gemacht sein sollte, eine

einstweilige Verfügung für die gesetzlich höchstzulässige Dauer zu erlassen, mit welcher dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags untersagt wird, wird stattgegeben.

Der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch das Amt der Steiermärkischen Landesregierung diese vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, B***, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren "S36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1 Tunnelbau" zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** (in der Folge Antragstellerin) brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 12. Juni 2006 beim Bundesvergabeamt ein. Er betrifft das Vergabeverfahren "S36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1 Tunnelbau" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch das Amt der Steiermärkischen Landesregierung. Es werden der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben, in eventuelle Erlassung einer einstweiligen Verfügung für den Fall, dass die Zuschlagsentscheidung schon bekannt gemacht sein sollte, für die gesetzlich höchst zulässige Dauer, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages zu untersagen, sowie der Ersatz der Pauschalgebühren begehrt.

In dem Nachprüfungsantrag wird im Wesentlichen vorgebracht, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Zwar sei derzeit keine Zuschlagsentscheidung bekannt gemacht worden. Für den Fall, dass diese aber schon bekannt gemacht worden sein sollte und lediglich die Antragstellerin nicht davon informiert sein sollte, werde auch die Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten. Sie wäre auch durch das rechtswidrige Ausscheiden des Antragstellers und den Umstand, dass ohne dieses rechtswidrige Ausscheiden der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre, ebenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet. Unter diesem Aspekt werde neben dem "Nachprüfen des Ausscheidens" auch die "Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung" beantragt.

Das Angebot des Antragstellers sei gemäß Teil B.8 der Ausschreibungsunterlagen "Erklärungen des Bieters" Pkt. B.8, 5. "Anhänge" gestaltet gewesen. Anhang B.8 - 5.3 "Eignungskriterien" umfasse eine Seite. Darin habe die Antragstellerin zwei Projekte angegeben, die den Anforderungen einer Rotationskernbohrung entsprechen würden, die in einer Tiefe von mehr als 250 m und entsprechend den Ausschreibungsanforderung in den letzten zehn Jahren ausgeführt worden seien. Darüber hinaus habe die Antragstellerin zwei Referenzprojekte und ein Alternativangebot angegeben, die entsprechend den Ausschreibungsunterlagen die Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis zu 60° aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150m vom Bohransatz umfassen würden.

Die Antragstellerin habe auch ein gefordertes Referenzprojekt und ein heranzuziehendes Alternativprojekt angegeben, die mindestens fünf Bohrstellen umfassen würden, in denen geophysikalische Bohrlochdocks auszuführen gewesen seien. Das jeweils erstgenannte Projekt sei das Projekt "A12 Tschirgattunnel" aus dem Jahr 2004. Das zweite angegebene Projekt zu den beiden erstgenannten Referenzkriterien sei der Tunnel Sedrun, ein Teilabschnitt des Gotthard Basistunnels. Ein Projekt, das im Jahr 2002 begonnen habe und voraussichtlich im Jahr 2012 abgeschlossen werde. Zum zweiten Referenzkriterium sei zudem als alternativ heranzuziehendes Referenzprojekt das Projekt Kirchwaldtunnel, A2/A8 angegeben worden, welches seit dem Jahr 2002 laufe und voraussichtlich im Jahr 2007 abgeschlossen sein werde. Als Alternativprojekt für das dritte Referenzkriterium sei das Projekt "S6 - Semmering Schnellstraße Ganzsteintunnel" angegeben, ein Projekt aus dem Jahr 2004. Damit seien alle drei Eignungskriterien mit jeweils ausreichenden Referenzprojekten belegt worden.

Am 18. April 2006 sei die Antragstellerin von der vergebenden Stelle aufgefordert worden, zu den in der Ausschreibung unter Pkt. B 8 angegebenen Referenzen die entsprechenden Referenzbestätigungen mit der Unterschrift des Auftraggebers zum Sedrun- und Kirchwaldtunnel zuzusenden. Dazu habe die vergebende Stelle in einem weiteren Schreiben vom 20. April 2006 mitgeteilt, dass laut telefonischer Auskunft des Bauherrn bei den Bohrarbeiten für den "Tschirgat-, Sedrun- und Kirchwaldtunnel" die Antragstellerin zwar ARGE-Mitglied gewesen sei, jedoch die als Nachweis

der technischen Leistungsfähigkeit angeführten Bohrarbeiten von einem anderen ARGE- Mitglied erbracht worden seien. Die Antragstellerin habe es in seinem Angebot unterlassen, diesen Partner als Subunternehmer zu deklarieren, sodass kein gültiger Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit vorliege.

Die Antragstellerin habe jedoch bereits mit seinem Angebot drei Bestätigungen zum Tunnel Sedrun, Gotthard-Basistunnel datiert mit 9. Juni 2004, zum Bauvorhaben S6-Semmering Schnellstraße, Ganzsteintunnel 2. Röhre datiert mit 17. Jänner 2006 und zum Bauvorhaben A12 Inntalautobahn, Tschirgattunnel, Erkundungsphase 1 datiert mit 14. März 2005 vorgelegt. Darin sei die Antragstellerin bzw. ein mit ihm konzernverbundenes Unternehmen als (allein- oder zumindest mitausführendes) Unternehmen genannt. Deshalb sei von der Antragstellerin im Schreiben vom 24. April 2006 für jedes der für die Eignungskriterien relevanten Subkriterien bei jedem der genannten Projekte ausgeführt worden, welche Arbeiten von wem geleistet worden seien und welche Belege dafür vorlegbar gewesen seien. Diesem Schreiben seien 14 Beilagen angeschlossen gewesen. In einem weiteren Schreiben habe die Antragstellerin eine Bestätigung für die ausgeführten Bohrleistungen "Ogbere Quelle Uarry Operations" und eine Beilage ./10 vorgelegt. Am 22. Mai 2006 habe die Antragstellerin die von der Geschäftsleitung C*** unterfertigte Referenz über die ausgeführten Kernbohrungen nachgereicht, welche mit 2. Mai 2006 datiert gewesen seien.

Obwohl die Antragstellerin den Verbesserungsaufträgen nachgekommen sei, sei die Antragstellerin mit Faxmitteilung vom 2. Juni 2006 über sein Ausscheiden gemäß § 129 Abs 3 BVergG verständigt worden. Begründend sei darin ausgeführt worden, dass die in den Ausschreibungsunterlagen in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" verlangten Angaben von der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. In einigen der in den Tabellen angegebenen Referenzprojekte seien von der Antragstellerin keine gemäß den Anforderungen des Auftraggebers vom 18. April 2006 bzw 20. April 2006 überprüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen als Eignungsnachweis vorgelegt worden. Obwohl die Antragstellerin den Verbesserungsaufträgen nachgekommen sei, sei die Antragstellerin mit Faxmitteilung vom 2. Juni 2006 über sein Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz 3, BVergG verständigt worden. Begründend sei darin ausgeführt worden, dass die in den Ausschreibungsunterlagen in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" verlangten Angaben von der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. In einigen der in den Tabellen angegebenen Referenzprojekte seien von der Antragstellerin keine gemäß den Anforderungen des Auftraggebers vom 18. April 2006 bzw 20. April 2006 überprüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen als Eignungsnachweis vorgelegt worden.

Die Antragstellerin habe sein Interesse am Vertragsabschluss insbesondere durch seine Beteiligung am Vergabeverfahren und durch Nachreichung von Unterlagen entsprechend den Aufforderungen der vergebenden Stelle dargetan. Das fortdauernde Interesse am Vertragsabschluss werde auch durch den eingebrachten Nachprüfungsantrag belegt. Da die Antragstellerin Bestbieter sei, bestehe auch weiterhin das Interesse an der Zuschlagserteilung. Durch die angefochtene Ausscheidensentscheidung verliere die Antragstellerin seine Möglichkeit, weiter am Vergabeverfahren teilzunehmen und insbesondere seine Chancen auf Zuschlagserteilung wahrzunehmen. Darüber hinaus drohen den der Antragstellerin die Frustration seiner Kosten für die Angebotserstellung und sowie der Verlust der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und der der Beratungs- und Vertretungskosten. Die Höhe des drohenden Schadens belaufe sich auf Euro 22.000,--.

Die Antragstellerin sei in seinem Recht auf korrekte Angebotsprüfung, insbesondere vergaberechtskonforme Eignungsprüfung, in seinem Recht auf Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung auf Grund der nachgewiesenen Erfüllung aller Eignungskriterien und damit in seinem Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieter verletzt. Der Antrag des Antragstellers sei auch gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG rechtzeitig, zumal die Mitteilung über das Ausscheiden des Antragstellers am 2. Juni 2006 per Telefax übermittelt worden sei. Die vergebende Stelle habe es auch unterlassen, Angaben darüber zu machen, zu welchen der angegebenen Referenzprojekte Bestätigungen fehlen würden. Vielmehr sei nur auf einige Referenzprojekte Bezug genommen worden. Die Bestätigungen des Antragstellers würden den notwendigen Inhalt gemäß § 75 Abs 3 leg.cit. aufweisen und würden vom Auftraggeber selbst stammen. Die Antragstellerin sei in seinem Recht auf korrekte Angebotsprüfung, insbesondere vergaberechtskonforme Eignungsprüfung, in seinem Recht auf Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung auf Grund der nachgewiesenen Erfüllung aller Eignungskriterien und damit in seinem Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieter verletzt. Der Antrag des Antragstellers sei auch gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG rechtzeitig, zumal die Mitteilung über das Ausscheiden des Antragstellers am 2. Juni 2006 per Telefax übermittelt worden sei. Die vergebende Stelle habe es auch unterlassen, Angaben darüber zu machen, zu welchen der angegebenen Referenzprojekte Bestätigungen fehlen

würden. Vielmehr sei nur auf einige Referenzprojekte Bezug genommen worden. Die Bestätigungen des Antragstellers würden den notwendigen Inhalt gemäß Paragraph 75, Absatz 3, leg.cit. aufweisen und würden vom Auftraggeber selbst stammen.

Da es sich teilweise um ausländische Projekte gehandelt habe, seien die entsprechenden Nachweise nicht in der siebentägigen Frist gemäß Pos. B.8, 3.2 der Ausschreibungsunterlagen zu erbringen gewesen. Die Antragstellerin habe sie so rasch wie möglich, jedenfalls auch in angemessener Frist vorgelegt, sodass ein Ausscheiden wegen Nichtvorlage von geforderten weiteren Nachweisen nicht gerechtfertigt sei. Denkbar wäre damit nur mehr, dass die vergebende Stelle die Ausscheidensentscheidung darauf stütze, dass die Antragstellerin nicht bei allen von ihm angegebenen Referenzprojekten allein ausführendes Unternehmen gewesen sei. Dies könne jedoch nicht ein Ausscheiden begründen.

Die Antragstellerin sei stets Auftragnehmer bei den Tunneln Tschirgat, Sedrun und Kirchwald gewesen. Zum erstgenannten Tunnel sei die Bestätigung der ASFINAG Baumanagement GmbH vom 14. März 2005 vorgelegt worden. Bei diesem Projekt sei die Antragstellerin allein ausführendes Unternehmen gewesen. Beim Sedruntunnel sei die Bestätigung des Auftraggebers vom 23. Jänner 2004 vorgelegt worden. Daraus ergebe sich, dass die mit der Antragstellerin verbundene D*** zu 28 % mit der Durchführung des Auftrages befasst gewesen sei. Dies gelte auch für die aktualisierte Bestätigung vom 25. April 2006 und 2. Mai 2006. Leistungserbringung durch eine ARGE schade allerdings nicht und vermag ein Ausscheiden nicht zu rechtfertigen. Der Tunnel Kirchwald sei schließlich nur als alternativ heranzuziehende Referenz zu bewerten. Da die beiden anderen Referenzprojekte ordnungsgemäß belegt worden seien, sei diese Alternativreferenz nicht erforderlich und ein darauf gestütztes Ausscheiden rechtswidrig.

Im Rahmen des Nachprüfungsantrages beantrage die Antragstellerin deshalb, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, sowie die angefochtene Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären, in eventu die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären und jedenfalls den Antragsgegner zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Verfahrensgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten und Beilage ./9 von der Akteneinsicht auch gegenüber dem Auftraggeber und der vergebenden Stelle auszunehmen.

Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei nötig und geeignet zur Hintanhaltung der der Antragstellerin drohenden Schäden, das Vergabeverfahren nicht nur soweit auszusetzen, dass kein Zuschlag erteilt werden könne, sondern vielmehr soweit, dass das Angebot des Antragstellers, sobald die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt worden sei, um weiter an der Angebotsprüfung teilnehmen zu können. Das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel sei, dem Auftraggeber die Fällung der Zuschlagsentscheidung und deren Bekanntmachung zu untersagen. Würde dem Auftraggeber lediglich die Zuschlagserteilung untersagt, könnte das Angebot des Antragstellers nach Auslaufen der einstweiligen Verfügung unter Umständen nicht mehr den Zuschlag erhalten. Nur wenn der Auftraggeber eine allfällig gefällte Zuschlagsentscheidung freiwillig zurücknehme, könnte die Antragstellerin den Zuschlag trotzdem erhalten.

Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden keine auch möglicherweise geschädigten Interessen sonstiger Bewerber oder Bieter oder des Auftraggebers entgegen. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung diene der Sicherung der Interessen des Antragstellers. Zudem komme einem gestellten Nachprüfungsantrag auch keine aufschiebende Wirkung zu. Ergänzend werde daher hervorgehoben, dass mit einer baldigen Zuschlagsentscheidung zu rechnen sei, welche das Vergabeverfahren beenden würde. Würde also über den Nachprüfungsantrag des Antragstellers, der sich in erster Linie nur gegen die Ausscheidensentscheidung in eventu auch gegen die vielleicht schon bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung richte, entschieden, nachdem ein in der Zwischenzeit erteilter Zuschlag erfolgt wäre, könnte das Ziel des Antragstellers, die Chance den Zuschlag zu erhalten, nicht mehr erreicht werden.

Am 14. Juni 2006 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Antragsvorbringen Stellung. Weder das auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die gesetzlich höchstzulässige Dauer gerichtete Begehren noch der Antrag selbst enthalte nähere Angaben zur beantragten Dauer. Zwar würden die Bestimmungen der §§ 328 ff BVergG keinen Hinweis auf eine bestimmte Dauer für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung enthalten, wesentliche Vorgabe an das Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei gemäß § 329 Abs 3 BVergG jedoch die Angabe der Zeit, für welche diese Verfügung erlassen werden solle. Der Antrag der

Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher mangelhaft und zurückzuweisen. Am 14. Juni 2006 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und nahm zum Antragsvorbringen Stellung. Weder das auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die gesetzlich höchstzulässige Dauer gerichtete Begehren noch der Antrag selbst enthalte nähere Angaben zur beantragten Dauer. Zwar würden die Bestimmungen der Paragraphen 328, ff BVergG keinen Hinweis auf eine bestimmte Dauer für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung enthalten, wesentliche Vorgabe an das Begehren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG jedoch die Angabe der Zeit, für welche diese Verfügung erlassen werden solle. Der Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher mangelhaft und zurückzuweisen.

Bei dieser Form der Nichterfüllung der Antragserfordernisse handle es sich nicht um ein bloßes Formgebrehen, das einer Verbesserung gemäß § 13 Abs 3 AVG zugänglich wäre, zumal von der begehrten Gültigkeitsdauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung mögliche Beeinträchtigungen anderer Interessen abhängen würden. Die Angabe der Zeit, für welche die einstweilige Verfügung in Geltung gesetzt werden soll, ist daher zur Vornahme der gesetzlich angeordneten Verhältnismäßigkeit und damit zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages erforderlich. Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die gesetzlich zulässige Höchstdauer sei auf Grund des Fehlens der begehrten konkreten zeitlichen Dauer somit zurückzuweisen. Bei dieser Form der Nichterfüllung der Antragserfordernisse handle es sich nicht um ein bloßes Formgebrehen, das einer Verbesserung gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG zugänglich wäre, zumal von der begehrten Gültigkeitsdauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung mögliche Beeinträchtigungen anderer Interessen abhängen würden. Die Angabe der Zeit, für welche die einstweilige Verfügung in Geltung gesetzt werden soll, ist daher zur Vornahme der gesetzlich angeordneten Verhältnismäßigkeit und damit zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages erforderlich. Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die gesetzlich zulässige Höchstdauer sei auf Grund des Fehlens der begehrten konkreten zeitlichen Dauer somit zurückzuweisen.

Andernfalls sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aber jedenfalls abzuweisen. Bei einem offensichtlich auszuscheidenden Angebot des Antragstellers könne kein Schaden aus dem Titel eines entgangenen Gewinns sowie der Aufwendungen für die Erstellung des Angebotes gemacht werden. Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens würde aber ein enormes Sicherheitsrisiko darstellen. Die Route von Wien nach Kärnten über die S 6, die S 36 und die B 317 sei seit der Fertigstellung des Vollausbau der S 6 von der Fahrstrecke her um ca. 30 km kürzer als die für LKW bemaute A 2 zwischen Wien und Klagenfurt. Die Strecke von Judenburg bis Klagenfurt sei über eine derzeitige Länge von 90 km nicht bemaute. Daraus resultiere ein erheblicher Verlagerungseffekt des LKW-Schwerverkehrs von der A 2 auf die Strecke S6-S36-B317. Mit der Weiterführung der S 36 von Judenburg bis Schiefeling werde ein unfallträchtiges Nadelöhr wesentlich entschärft.

Die Erkundungsbohrungen würden auch einen wesentlichen Beitrag für die Fertigstellung der Umweltverträglichkeitserklärung und des straßentechnischen Einreichprojektes für den Abschnitt Judenburg-St. Georgen.o.J. leisten, welche im Herbst 2006 beim BMVIT im Hinblick auf das UVP-Gesetz 2000 und zur Erlangung des § 4 BStG Bescheides eingereicht werden sollte. Die Erkundungsbohrungen würden auch einen wesentlichen Beitrag für die Fertigstellung der Umweltverträglichkeitserklärung und des straßentechnischen Einreichprojektes für den Abschnitt Judenburg-St. Georgen.o.J. leisten, welche im Herbst 2006 beim BMVIT im Hinblick auf das UVP-Gesetz 2000 und zur Erlangung des Paragraph 4, BStG Bescheides eingereicht werden sollte.

Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre auch unzulässig, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein könne (BVA 14.5.2001, N-53/01-9). Dies treffe auch auf die gegenständliche Fallkonstellation zu. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter habe die Prüfung der Angebote gemäß den Bestimmungen der §§ 122 ff BVergG nach den Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe der Auftraggeber nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des BVA und des EuGH. In den Ausschreibungsunterlagen sei unter Punkt 8.5 (Teil B 8) klar und unmissverständlich geregelt, dass die verlangten Nachweise gemäß der §§ 70 ff BVergG (Teil B1) auf Aufforderung innerhalb von 7 Kalendertagen nachzureichen seien. Der Antragstellerin musste daher bewusst sein, dass die geforderten Nachweise und auch die sonstigen Unterlagen binnen einer siebentätigen Frist nachzureichen seien. Diese Ausschreibungsbestimmung sei auch von der Antragstellerin nicht bekämpft worden. Mit Schreiben vom 20. April 2006 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Referenzbescheinigungen hinsichtlich bestimmter Referenzprojekte nachzureichen. Dieser Aufforderung der Auftraggeberin sei die Antragstellerin nur unzureichend

nachgekommen. Die Referenzbescheinigungen für den Gotthard Basistunnel und den Sedruntunnel seien trotz dieser Aufforderung nie vorgelegt worden. Das Angebot des Antragstellers sei daher auszuschneiden gewesen. Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre auch unzulässig, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein könne (BVA 14.5.2001, N-53/01-9). Dies treffe auch auf die gegenständliche Fallkonstellation zu. Im Sinne der Gleichbehandlung aller Bieter habe die Prüfung der Angebote gemäß den Bestimmungen der Paragraphen 122, ff BVergG nach den Festlegungen in der Ausschreibung zu erfolgen. Insbesondere dürfe der Auftraggeber nicht nachträglich von den Bedingungen der Ausschreibung abweichen. Dies ergebe sich auch aus der Judikatur des BVA und des EuGH. In den Ausschreibungsunterlagen sei unter Punkt 8.5 (Teil B 8) klar und unmissverständlich geregelt, dass die verlangten Nachweise gemäß der Paragraphen 70, ff BVergG (Teil B1) auf Aufforderung innerhalb von 7 Kalendertagen nachzureichen seien. Der Antragstellerin musste daher bewusst sein, dass die geforderten Nachweise und auch die sonstigen Unterlagen binnen einer siebentägigen Frist nachzureichen seien. Diese Ausschreibungsbestimmung sei auch von der Antragstellerin nicht bekämpft worden. Mit Schreiben vom 20. April 2006 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, die Referenzbescheinigungen hinsichtlich bestimmter Referenzprojekte nachzureichen. Dieser Aufforderung der Auftraggeberin sei die Antragstellerin nur unzureichend nachgekommen. Die Referenzbescheinigungen für den Gotthard Basistunnel und den Sedruntunnel seien trotz dieser Aufforderung nie vorgelegt worden. Das Angebot des Antragstellers sei daher auszuschneiden gewesen.

Gemäß § 125 Abs 1 BVergG 2002 sei die Antragstellerin schriftlich zur Aufklärung innerhalb einer angemessenen Frist gefordert worden. Dies sei nach telefonischer Überprüfung der Referenz des Antragstellers zum "A12 Tschirganttunnel" erfolgt, die ergeben habe, dass diese Leistung nicht von der Antragstellerin erbracht worden sei. Sollte der Hinweis des Antragstellers im Schreiben vom 24. April 2006, dass 15 Stück Vertikalbohrungen in Summe 588,10 m (Einzeltiefe bis 120,40 m) durchgeführt worden seien, als entsprechende Aufklärung zu verstehen sein, sei darauf hinzuweisen, dass gemäß den Ausschreibungsbestimmungen (Teil B8, Anhang 8.5.3) als Referenznachweise Rotationskernbohrungen in Tiefen mehr als 250,0 m gefordert gewesen seien. Daraus ergebe sich, dass das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "A12 Tschirganttunnel" für den Nachweis der Rotationsbohrungen in Tiefen von mehr als 250,0 m nicht geeignet sei. Hinsichtlich der geforderten Aufklärung betreffend die Referenz Tschirganttunnel für die Referenzprojekte 2 und 3 habe die Antragstellerin keine Auskünfte erteilt. Gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2002 sei die Antragstellerin schriftlich zur Aufklärung innerhalb einer angemessenen Frist gefordert worden. Dies sei nach telefonischer Überprüfung der Referenz des Antragstellers zum "A12 Tschirganttunnel" erfolgt, die ergeben habe, dass diese Leistung nicht von der Antragstellerin erbracht worden sei. Sollte der Hinweis des Antragstellers im Schreiben vom 24. April 2006, dass 15 Stück Vertikalbohrungen in Summe 588,10 m (Einzeltiefe bis 120,40 m) durchgeführt worden seien, als entsprechende Aufklärung zu verstehen sein, sei darauf hinzuweisen, dass gemäß den Ausschreibungsbestimmungen (Teil B8, Anhang 8.5.3) als Referenznachweise Rotationskernbohrungen in Tiefen mehr als 250,0 m gefordert gewesen seien. Daraus ergebe sich, dass das von der Antragstellerin angeführte Referenzprojekt "A12 Tschirganttunnel" für den Nachweis der Rotationsbohrungen in Tiefen von mehr als 250,0 m nicht geeignet sei. Hinsichtlich der geforderten Aufklärung betreffend die Referenz Tschirganttunnel für die Referenzprojekte 2 und 3 habe die Antragstellerin keine Auskünfte erteilt.

Es sei nicht Aufgabe der Auftraggeberin, so lange nachzufragen, bis der Antragstellerin die Aufklärung gelingen würde. Nachdem bereits der Ausscheidensgrund der Antragstellerin mitgeteilt worden sei, seien weitere Ausscheidensgründe nicht mehr geprüft worden zumal solche nicht für die Ermittlung des Bestbieters mehr von wesentlichem Einfluss gewesen seien.

Die Antragstellerin habe in seinem Schreiben vom 25. März 2006 weitere neue Referenzprojekte angeführt bzw Referenzprojekte geändert. Diese nachträgliche Nennung eines im Angebot nicht angeführten Referenzprojektes komme einer Änderung des Angebotes gleich, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter widerspreche. Bei dem vorgenommenen Austausch eines im Angebot nicht genannten Referenzprojektes handle es sich auch nicht um eine zulässige Aufklärung des ursprünglichen Angebotes des Antragstellers, da die von einem Bieter erteilte Auskünfte nicht zu einer inhaltlichen Abänderungen des ursprünglichen Angebotes führen dürften. Aufklärungen dürften nur dem Zweck dienen, Zweifel über die Angebote aufzuklären. Sie dürfen jedoch nicht das Ziel verfolgen, eine nachträgliche Verbesserung von Angebotsbestandteilen zu erreichen. Die nachträgliche Nennung bzw die Umreihung von Referenzprojekten sei als eine solche unzulässige Nachbesserung anzusehen. Auch diesbezüglich liege ein Ausscheidensgrund vor.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Die Auftraggeberin beabsichtigt, im Zuge der Murtalschnellstraße den Tunnel Rothenthurm zu errichten. Zur Vorbereitung dieses Vorhabens sind Erkundungsbohrungen im offenen Verfahren als Bauauftrag im Unterschwellenbereich unter der Bezeichnung "S 36 Murtalschnellstraße, Tunnel Rothenthurm, Erkundungsbohrungen Teilabschnitt 1" ausgeschrieben. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebot erteilt werden. Der gegenständliche Auftrag wurde am 4. Mai 2006 in der Wiener Zeitung im amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert beträgt Euro 1.710.552,50 exklusive USt. Als Termin für die Angebotsöffnung wurde der 29. März 2006,

11.30 Uhr, festgelegt. (Stellungnahme der Auftraggeberin; Bekanntmachung des Vergabeverfahrens; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Punkt B.8,3. der Ausschreibungsunterlagen findet sich eine Liste von auf Anforderung innerhalb von sieben Kalendertagen nachzureichenden Unterlagen ("nachträgliche" Ausscheidungssanktion) - soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden. Unter

8.3.2.9 wird eine Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten unter den angeführten Bedingungen (Anhang B.8-5.2) verlangt. Unter 8.3.2.15 sind verlangte Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG (Teil B.1) gefordert. In Punkt B.8,5. Anhänge finden sich die Liste der Anhänge und die Angabe, dass sie integraler Bestandteil der wesentlichen Unterlagen gemäß Punkt 8.3 und sind als solche mit den wesentlichen Unterlagen abzugeben sind. In Anhang B.8-5.2 muss der Bieter oder die Bietergemeinschaft erklären, einschlägige Arbeiten unter den angeführten Bedingungen durchgeführt zu haben. Anzugeben sind Bezeichnung des Bauloses bzw. der Arbeiten, Bauzeit von / bis, Beteiligung als Einzelunternehmer oder Mitglied einer ARGE, der eigene Bauleiter und die Summe der Schlussrechnung. In Anhang B.8-5.3 Eignungskriterien sind jeweils zwei durchgeführte Projekte und ein gegebenenfalls heranzuziehendes Alternativprojekt in den Kategorien Rotationskernbohrungen in Tiefen von mehr als 250 m, die in den letzten 10 Jahren ausgeführt wurden, Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis 60° aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150 m vom Bohransatzpunkt sowie ein Referenzprojekt und ein gegebenenfalls heranzuziehendes Alternativprojekt mit mindestens fünf Bohrstellen, in denen geophysikalische Bohrlochlogs ausgeführt wurden (mindestens Flowmetertests, Temp.- und Sal. Log) anzugeben. In Anhang B.8-5.4 Zuschlagskriterien können bis zu fünf Referenzprojekte betreffend Rotationskernbohrungen in Hangbewegungen mit Bohrlängen von > 350 m, > 300 m, > 250 m, > 200 m, > 150 m bzw. > 100 m angegeben werden. Bei allen Projekten sind Auftraggeber, Jahr, Projekt, Ort und Auftragssumme anzugeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) 8.3.2.9 wird eine Erklärung hinsichtlich durchgeführter einschlägiger Arbeiten unter den angeführten Bedingungen (Anhang B.8-5.2) verlangt. Unter 8.3.2.15 sind verlangte Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG (Teil B.1) gefordert. In Punkt B.8,5. Anhänge finden sich die Liste der Anhänge und die Angabe, dass sie integraler Bestandteil der wesentlichen Unterlagen gemäß Punkt 8.3 und sind als solche mit den wesentlichen Unterlagen abzugeben sind. In Anhang B.8-5.2 muss der Bieter oder die Bietergemeinschaft erklären, einschlägige Arbeiten unter den angeführten Bedingungen durchgeführt zu haben. Anzugeben sind Bezeichnung des Bauloses bzw. der Arbeiten, Bauzeit von / bis, Beteiligung als Einzelunternehmer oder Mitglied einer ARGE, der eigene Bauleiter und die Summe der Schlussrechnung. In Anhang B.8-5.3 Eignungskriterien sind jeweils zwei durchgeführte Projekte und ein gegebenenfalls heranzuziehendes Alternativprojekt in den Kategorien Rotationskernbohrungen in Tiefen von mehr als 250 m, die in den letzten 10 Jahren ausgeführt wurden, Rotationskernbohrungen mit Neigungen bis 60° aus der Lotrechten mit Endteufen von mindestens 150 m vom Bohransatzpunkt sowie ein Referenzprojekt und ein gegebenenfalls heranzuziehendes Alternativprojekt mit mindestens fünf Bohrstellen, in denen geophysikalische Bohrlochlogs ausgeführt wurden (mindestens Flowmetertests, Temp.- und Sal. Log) anzugeben. In Anhang B.8-5.4 Zuschlagskriterien können bis zu fünf Referenzprojekte betreffend Rotationskernbohrungen in Hangbewegungen mit Bohrlängen von > 350 m, > 300 m, > 250 m, > 200 m, > 150 m bzw. > 100 m angegeben werden. Bei allen Projekten sind Auftraggeber, Jahr, Projekt, Ort und Auftragssumme anzugeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 17. März 2006 erfolgte die erste Nachsendung. Diese war eine Sammlung von Antworten auf Bieteranfragen und betraf Einzelheiten zu durchzuführenden Bohrungen. Sie wurde an alle Unternehmer versandt, die Angebotsunterlagen bezogen hatten. Am 29. März 2006, 11.30 Uhr erfolgte die Angebotsöffnung. Die Antragstellerin legte neben weiteren Bietern fristgerecht ein Angebot. Mit E-Mail vom 18. April 2006 forderte die vergebende Stelle die

Antragstellerin auf, zu den in der Ausschreibung B8 angegebenen Referenzen die entsprechenden Referenzbestätigungen (Unterschrift AG) zu Tunnel Sedrun und Kirchenwaldtunnel binnen sieben Tagen zur Bearbeitung des Angebotes zu senden. Mit Telefax vom 20. April 2006 forderte die vergebende Stelle unter Androhung des Ausscheidens binnen Wochenfrist auf, zu den genannten Bohrarbeiten Tunnel Tschirgant, Bauherr Asfinag, Tunnel Sedrun, Bauherr Alp Transit Gotthart AG und Kirchenwaldtunnel die notwendigen Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit (siehe B.8 Anhang 5.2) in prüfbarer Form zu übermitteln, da telefonische Nachfragen bei dem Bauherrn zwar ergeben haben, dass die Antragstellerin Argemmitglied bei dem betreffenden Bohrvorhaben gewesen sei, jedoch seien die als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangten Bohrarbeiten von anderen Mitgliedern der Arge erbracht worden. Da im Angebot der Antragstellerin diese Partner nicht als Subunternehmer deklariert worden seien, liege ihr kein gültiger Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vor. Mit Schreiben vom 24. April 2006 nahm die Antragstellerin dazu Stellung und brachte vor, dass sie die Ausstellung der gewünschten Unterlagen für die Referenzbestätigung mit der Unterschrift des Auftraggebers unverzüglich in die Wege geleitet habe. Bezüglich der Tunnel Sedrun werde diese Bestätigung noch zwei bis drei Wochen dauern. Die Antragstellerin ersuchte dabei um Fristverlängerung. In weiterer Folge führte die Antragstellerin die verschiedenen Referenzprojekte an und schloss die entsprechenden Bestätigungen an. Lediglich hinsichtlich des Tunnels Sedrun war die Bestätigung nicht vom Auftraggeber gefertigt. Mit Schreiben vom 27. April 2006 legte die Antragstellerin die Bestätigung über die ausgeführten Bohrleistungen "OGBERE Quarry Operations" vor. Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 legte die Antragstellerin die unterfertigte Referenz betreffend den Tunnel Sedrun vor. Mit Telefax vom 2. Juni 2006 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nach § 129 Abs 2 BVergG ausgeschieden werde, das die in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" geforderten Angaben von Seiten der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. Für einige dieser Referenzprojekte seien innerhalb der angegebenen Frist keine prüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen zum Nachweis der Eignung vorgelegt worden. Mit Telefax vom 2. Juni 2006 gab die Auftraggeberin allen nicht ausgeschiedenen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt. Mit E-Mail vom 9. Juni 2006 teilte die Antragstellerin der Auftraggeberin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unter Anschluss des verfahrenseinleitenden Antrages mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Am 17. März 2006 erfolgte die erste Nachsendung. Diese war eine Sammlung von Antworten auf Bieteranfragen und betraf Einzelheiten zu durchzuführenden Bohrungen. Sie wurde an alle Unternehmer versandt, die Angebotsunterlagen bezogen hatten. Am 29. März 2006, 11.30 Uhr erfolgte die Angebotsöffnung. Die Antragstellerin legte neben weiteren Bietern fristgerecht ein Angebot. Mit E-Mail vom 18. April 2006 forderte die vergebende Stelle die Antragstellerin auf, zu den in der Ausschreibung B8 angegebenen Referenzen die entsprechenden Referenzbestätigungen (Unterschrift AG) zu Tunnel Sedrun und Kirchenwaldtunnel binnen sieben Tagen zur Bearbeitung des Angebotes zu senden. Mit Telefax vom 20. April 2006 forderte die vergebende Stelle unter Androhung des Ausscheidens binnen Wochenfrist auf, zu den genannten Bohrarbeiten Tunnel Tschirgant, Bauherr Asfinag, Tunnel Sedrun, Bauherr Alp Transit Gotthart AG und Kirchenwaldtunnel die notwendigen Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit (siehe B.8 Anhang 5.2) in prüfbarer Form zu übermitteln, da telefonische Nachfragen bei dem Bauherrn zwar ergeben haben, dass die Antragstellerin Argemmitglied bei dem betreffenden Bohrvorhaben gewesen sei, jedoch seien die als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangten Bohrarbeiten von anderen Mitgliedern der Arge erbracht worden. Da im Angebot der Antragstellerin diese Partner nicht als Subunternehmer deklariert worden seien, liege ihr kein gültiger Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vor. Mit Schreiben vom 24. April 2006 nahm die Antragstellerin dazu Stellung und brachte vor, dass sie die Ausstellung der gewünschten Unterlagen für die Referenzbestätigung mit der Unterschrift des Auftraggebers unverzüglich in die Wege geleitet habe. Bezüglich der Tunnel Sedrun werde diese Bestätigung noch zwei bis drei Wochen dauern. Die Antragstellerin ersuchte dabei um Fristverlängerung. In weiterer Folge führte die Antragstellerin die verschiedenen Referenzprojekte an und schloss die entsprechenden Bestätigungen an. Lediglich hinsichtlich des Tunnels Sedrun war die Bestätigung nicht vom Auftraggeber gefertigt. Mit Schreiben vom 27. April 2006 legte die Antragstellerin die Bestätigung über die ausgeführten Bohrleistungen "OGBERE Quarry Operations" vor. Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 legte die Antragstellerin die unterfertigte Referenz betreffend den Tunnel Sedrun vor. Mit Telefax vom 2. Juni 2006 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG ausgeschieden werde, das die in Teil B.8 Anhang 5.3 "Eignungskriterien" geforderten Angaben von Seiten der Antragstellerin nicht nachgewiesen worden seien. Für einige dieser Referenzprojekte seien innerhalb der angegebenen Frist keine prüfbaren, unterfertigten Auftraggeberbestätigungen zum Nachweis der Eignung vorgelegt worden. Mit Telefax vom 2. Juni 2006 gab die Auftraggeberin allen nicht ausgeschiedenen Bietern die

Zuschlagsentscheidung bekannt. Mit E-Mail vom 9. Juni 2006 teilte die Antragstellerin der Auftraggeberin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens unter Anschluss des verfahrenseinleitenden Antrages mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe insgesamt Euro 5.000. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus den jeweils in Klammer genannten Beweismitteln.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSv § 4 BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten für Erkundungsbohrungen im Teilabschnitt 1, Tunnelbau des Tunnels Rothenthurm (Falkenberg) des S36 Murtalschnellstraße, somit um Bauarbeiten nach Klasse 45.25 in Anhang I zum BVergG. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag iSv Paragraph 4, BVergG ausgeschrieben. Es handelt sich um Arbeiten für Erkundungsbohrungen im Teilabschnitt 1, Tunnelbau des Tunnels Rothenthurm (Falkenberg) des S36 Murtalschnellstraße, somit um Bauarbeiten nach Klasse 45.25 in Anhang römisch eins zum BVergG.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art II § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr 591/1982 idF BGBl I Nr 26/2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der 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 Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Art II § 5 eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art 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 Art 14b Abs 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 26 aus 2006, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der 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 Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft mit Ermächtigung des Bundesministers für Finanzen gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, eingegangenen Verbindlichkeiten, soweit sie für Zwecke der Planung, des Baues und der Erhaltung von Bundesstraßen eingegangen wurden. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191a im Firmenbuch 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 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes. Daher ist eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben.

Als vergebende Stelle tritt das Amt der Steiermärkischen Landesregierung auf. Im Vergabeverfahren ist die Auftraggeberin von der ASFINAG BMG vertreten.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde innerhalb der Antragsfrist des § 321 Abs 1 Z 5 BVergG eingebracht. Er wurde zusammen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und einem in eventu gestellten Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung fristgerecht eingebracht und genügt den formalen Anforderungen des § 322 Abs 1 BVergG. Ein Ausschlussgrund nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung und die Mitwirkung an der Angebotsprüfung ein massives Interesse an der

Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung bzw. Erlangung des Zuschlages dokumentiert. Bei Zutreffen seiner Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Die Frage der Richtigkeit des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers aufgrund der vorgenommenen Angebotsprüfung 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 5, BVergG eingebracht. Er wurde zusammen mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und einem in eventu gestellten Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung fristgerecht eingebracht und genügt den formalen Anforderungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Ein Ausschlussgrund nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Er ist daher zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere durch die Angebotslegung und die Mitwirkung an der Angebotsprüfung ein massives Interesse an der Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung bzw. Erlangung des Zuschlages dokumentiert. Bei Zutreffen seiner Behauptungen ist ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten. Die Frage der Richtigkeit des Ausscheidens des Angebotes des Antragstellers aufgrund der vorgenommenen Angebotsprüfung ist nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens, sondern ist dem Nachprüfungsverfahren vorbehalten.

3.3 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 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 § 328 Abs 2 BVergG ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesvergabeamt einzubringen. 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 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 § 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 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.

Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die höchstzulässige Dauer. Wenn sich nun die Auftraggeberin gegen diese Fristsetzung wendet und den Antrag aus diesem Grunde als unzulässig ansieht, ist ihr entgegenzuhalten, dass nach § 328 Abs 2 BVergG die Dauer der beantragten Maßnahme kein notwendiger Inhalt des Antrages ist. Vielmehr ist diese Dauer nach § 329 Abs 3 BVergG vom Bundesvergabeamt zu bestimmen. Da diese Bestimmung einerseits keine Höchstdauer der anzuordnen Maßnahme vorsieht und andererseits die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung in der Hauptsache außer Kraft tritt und sie bei Wegfall der Gründe, die zu ihrer Erlassung geführt haben, auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben ist, bedarf es keiner konkreten Frist im Antrag. Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die höchstzulässige Dauer. Wenn sich nun die Auftraggeberin gegen diese Fristsetzung wendet und den Antrag aus diesem Grunde als unzulässig ansieht, ist ihr entgegenzuhalten, dass nach Paragraph 328, Absatz 2, BVergG die Dauer der beantragten Maßnahme kein notwendiger Inhalt des Antrages ist. Vielmehr ist diese Dauer nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG vom Bundesvergabeamt zu bestimmen. Da diese Bestimmung einerseits keine Höchstdauer der anzuordnen Maßnahme vorsieht und andererseits die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung in der Hauptsache außer Kraft tritt und sie bei Wegfall der Gründe, die zu ihrer Erlassung geführt haben, auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben ist, bedarf es keiner konkreten Frist im Antrag.

Die Antragstellerin beruft sich im Wesentlichen darauf, dass ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Chance auf Erhalt des gegenständlichen Auftrages endgültig verloren wäre und der geltend gemachte Schaden eintreten würde. Die Antragstellerin wäre bei Fortbestehen der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung daran gehindert, an der fortgesetzten Angebotsprüfung teilzunehmen.

Die Auftraggeberin machte geltend, dass wegen der hohen Unfallgefahr die Verlängerung der S 36 notwendig wäre. Das Angebot der Antragstellerin sei offensichtlich auszuschneiden. Die Verzögerung des Vergabeverfahrens würde ein hohes Sicherheitsrisiko darstellen. Die durchschnittliche Unfallrate auf ehemaligen Bundesstraßen sei wesentlich

höher als auf dem höherrangigen Straßennetz. Es ergeben sich wegen der LKW-Maut erheblich Umlagerungen des Verkehrs von der A2 auf die Route S 6 - S 36 - B 317. Die ASFINAG arbeite mit Hochdruck an der Weiterführung der S 36.

Der Antragstellerin ist zuzugestehen, dass sie ein massives Interesse an der Erlangung des gegenständlichen Auftrages hat. Aus diesem Grunde ist sie den Auskunftersuchen der Auftraggeberin nachgekommen. Es ist ihr auch beizupflichten, dass im Falle des Zutreffens ihrer Behauptungen ihr Angebot bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen wäre. Das öffentliche Interesse am Schutz von Leib und Leben hat die Auftraggeberin behauptet und mit der Unfallrate begründet. Der Wegfall der ehemaligen Bundesstraße ist offensichtlich nicht vorgesehen. Der Auftraggeberin ist zuzugestehen, dass bei Errichtung des gegenständlichen Bauabschnittes eine Verlagerung des Verkehrs auf die Schnellstraße zu erwarten ist.

Schließlich sind das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01; BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10) und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (z.B. BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25) zu berücksichtigen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat naturgemäß Interesse an einer möglichst raschen Zuschlagserteilung, die plangemäß nur bei Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann. Sie hat - ebenso wie die Antragstellerin und andere Bieter - Vorhaltekosten zu tragen, die sich durch jede Verzögerung erhöhen. Dies trifft jedoch nicht nur die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, sondern alle Bieter. Die Auftraggeberin hat bei der Erstellung ihres Zeitplanes zur Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens auch die Dauer eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen. In Anbetracht der Dauer des UVP-Verfahrens und der nachfolgenden Detailplanung sowie Errichtung des Tunnels fällt die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht derart ins Gewicht, dass die Verzögerung eine relevante Steigerung der Gefahr für das - offenbar geltend gemachte - Interesse des Schutzes von Leib und Leben darstellt. Insgesamt ergibt sich daher ein Überwiegen der Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen am Unterbleiben derselben.

Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Fällung und Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Da jedoch gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung auch die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben wurde, geht diese beantragte Maßnahme ins Leere. Ihr war daher kein Erfolg beschieden. Daher ist auf den Eventualantrag der Untersagung der Zuschlagserteilung einzugehen. Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Auch wenn die Antragstellerin in erster Linie von der Ausscheidensentscheidung belastet ist, ist ihr beizupflichten, dass die Zuschlagsentscheidung ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags endgültig zunichte machen würde. Die Zuschlagserteilung zu untersagen, stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maß beschränkt. Daher handelt es sich auch um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG. Die Antragstellerin beantragte die Untersagung der Fällung und Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Da jedoch gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung auch die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben wurde, geht diese beantragte Maßnahme ins Leere. Ihr war daher kein Erfolg beschieden. Daher ist auf den Eventualantrag der Untersagung der Zuschlagserteilung einzugehen. Als nächster Schritt der Auftraggeberin kommt beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens lediglich die Zuschlagserteilung an die bekannt gegebene in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in Frage. Weitere Maßnahmen wären seitens der Auftraggeberin nicht mehr zu setzen, um das Vergabeverfahren zu beenden. Auch wenn die Antragstellerin in erster Linie von der Ausscheidensentscheidung belastet ist, ist ihr beizupflichten, dass die Zuschlagsentscheidung ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags endgültig zunichte machen würde. Die Zuschlagserteilung zu untersagen, stellt zweifellos ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Interessen der Antragstellerin dar. Bei dem Verbot der Erteilung des Zuschlages an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin handelt es sich daher auch um ein geeignetes Mittel, das die Handlungsfähigkeit der Auftraggeberin im geringstmöglichen Maß beschränkt. Daher handelt es sich auch um die gelindeste gerade noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die gesetzlich höchstzulässige Dauer. § 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht. Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG 2006 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-EV10). Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die gesetzlich höchstzulässige Dauer. Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht. Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; BVA 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006-EV10).

Die Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr ergeht gesondert.

Dokumentnummer

VERGT_20060619_N_0044_BVA_10_2006_EV009_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