

TE Verg Bescheid 2005/6/28 17N-64/05-10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.06.2005

Norm

BVergG 2002 §171 Abs1

BVergG 2002 §171 Abs3

BVergG 2002 §171 Abs4

BVergG 2002 §171 Abs5

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 17, Mag. Hubert Reisner, in dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 betreffend das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Zentralraum wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 17, Mag. Hubert Reisner, in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG 2002 betreffend das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Zentralraum wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten ab Antragstellung die Erteilung des Zuschlages untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement

Zentralraum ist es untersagt, bis zum Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens, längstens jedoch bis zum 21. August 2005 den Zuschlag in dem Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettdorf, vierspuriger Ausbau" zu erteilen.

Rechtsgrundlage: § 171 Abs. 1, 3, 4 und 5 Bundesvergabegesetz Rechtsgrundlage: Paragraph 171, Absatz eins, 3, 4 und 5 Bundesvergabegesetz -

BVergG, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005 BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,

II.römisch zwei.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH das Bundesvergabeamt möge aussprechen, dass "die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von der Antragsgegnerin gemäß § 177 Abs. 5 BVergG zu ersetzen ist", wird stattgegeben. Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH das Bundesvergabeamt möge aussprechen, dass "die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 5.000,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung von der Antragsgegnerin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG zu ersetzen ist", wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Zentralraum ist verpflichtet der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH die entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- binnen vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheides zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG, § 74 Abs. 2 Allgemeines Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG, Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines

Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004 Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin, genannt, brachte am 21. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Sie beantragte darin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, die Ausnahme einzelner Teile ihres Angebotes von der Akteneinsicht sowie den Kostenersatz. Darüber hinaus beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie unter Spruchpunkt I wiedergegeben sowie den Kostenersatz für die dafür entrichtete Pauschalgebühr wie unter Spruchpunkt II wiedergegeben. Diese Anträge betreffen das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettdorf, vierspuriger Ausbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Zentralraum, in der Folge Auftraggeberin genannt. Die Antragstellerin begründete ihren Nachprüfungsantrag damit, dass die vorgelegten K4-Blätter der ÖNORM B 2061 entsprochen haben und vollständig gewesen seien. Die Subunternehmerliste habe zwar zunächst Subunternehmer und Lieferanten "vermischt". Da die Subunternehmer in ihrem Fall nicht die fehlende Eignung ersetzen sollten, wären sie daher nicht bei sonstigem Ausscheiden zwingend mit der Angebotsabgabe zu benennen gewesen. Es sei keine mangelhafte Aufklärung einzelner Positionen erfolgt. In der Position 01011210A "Zeitgebundene Kosten" sei eine entsprechende Aufklärung erfolgt. Auch in den übrigen für die Ausscheidensentscheidung herangezogenen Positionen sei die Aufklärung der Antragstellerin auch nicht nur ansatzweise berücksichtigt worden. Die Angebote der Mitbewerberin seien auszuschneiden, da es sich dabei um ein Alternativangebot handle und die Ausschreibungsunterlagen keine Kriterien für die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthielten. Bei der Angebotsöffnung seien nicht die geforderten Unterlagen verlesen worden, insbesondere ein Grob Ablauf- und Bauzeitplan, wie auch die abzugebenden K4-Blätter. Es sei nicht verlesen worden, worin der alternative Leistungsvorschlag der Mitbewerberin überhaupt bestehe. Insgesamt sei die Ausschreibung zu

widerrufen, da über die gegenständlichen Arbeiten bereits im Jahr 2004 eine mittlerweile widerrufene Ausschreibung stattgefunden habe und sich die Massen gegenüber dieser stark geändert haben. Mit den derzeit ausgeschriebenen Massen könne nicht das Auslangen gefunden werden. Schließlich sei der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG verletzt worden, da die Antragstellerin aus Gründen ausgeschieden worden sei, die bei anderen Bietern ebenso vorliege. Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung wie auf Unterlassung der Zuschlagsentscheidung zugunsten eines ausscheidenden und nicht zu berücksichtigen Alternativangebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, wie auch hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und neuerlichen Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Aufgrund der Ergreifung aller Schritte liege ein hinreichendes begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss vor. Die Antragstellerin erleide einen in der Beilage näher spezifizierten Schaden durch entgangenem Gewinn und Deckungsbeitrag. Es seien bereits jetzt Projektkosten und Rechtsberatungskosten in Höhe von etwa Euro 76.470,-- angefallen. Ebenso liege der Schaden im Verlust eines Referenzprojektes. Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A***, 2. B*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Antragstellerin, genannt, brachte am 21. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Sie beantragte darin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot, die Ausnahme einzelner Teile ihres Angebotes von der Akteneinsicht sowie den Kostenersatz. Darüber hinaus beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie unter Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben sowie den Kostenersatz für die dafür entrichtete Pauschalgebühr wie unter Spruchpunkt römisch zwei wiedergegeben. Diese Anträge betreffen das Vergabeverfahren "S5 Stockerauer Schnellstraße, Baulos Kollersdorf-Jettsdorf, vierspuriger Ausbau" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch das Amt der NÖ Landesregierung, Gruppe Straße, Abteilung Autobahnen- und Schnellstraßen, Projektmanagement Zentralraum, in der Folge Auftraggeberin genannt. Die Antragstellerin begründete ihren Nachprüfungsantrag damit, dass die vorgelegten K4-Blätter der ÖNORM B 2061 entsprochen haben und vollständig gewesen seien. Die Subunternehmerliste habe zwar zunächst Subunternehmer und Lieferanten "vermischt". Da die Subunternehmer in ihrem Fall nicht die fehlende Eignung ersetzen sollten, wären sie daher nicht bei sonstigem Ausscheiden zwingend mit der Angebotsabgabe zu benennen gewesen. Es sei keine mangelhafte Aufklärung einzelner Positionen erfolgt. In der Position 01011210A "Zeitgebundene Kosten" sei eine entsprechende Aufklärung erfolgt. Auch in den übrigen für die Ausscheidensentscheidung herangezogenen Positionen sei die Aufklärung der Antragstellerin auch nicht nur ansatzweise berücksichtigt worden. Die Angebote der Mitbewerberin seien auszuschneiden, da es sich dabei um ein Alternativangebot handle und die Ausschreibungsunterlagen keine Kriterien für die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthielten. Bei der Angebotsöffnung seien nicht die geforderten Unterlagen verlesen worden, insbesondere ein Grobablauf- und Bauzeitplan, wie auch die abzugebenden K4-Blätter. Es sei nicht verlesen worden, worin der alternative Leistungsvorschlag der Mitbewerberin überhaupt bestehe. Insgesamt sei die Ausschreibung zu widerrufen, da über die gegenständlichen Arbeiten bereits im Jahr 2004 eine mittlerweile widerrufene Ausschreibung stattgefunden habe und sich die Massen gegenüber dieser stark geändert haben. Mit den derzeit ausgeschriebenen Massen könne nicht das Auslangen gefunden werden. Schließlich sei der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG verletzt worden, da die Antragstellerin aus Gründen ausgeschieden worden sei, die bei anderen Bietern ebenso vorliege. Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung wie auf Unterlassung der Zuschlagsentscheidung zugunsten eines ausscheidenden und nicht zu berücksichtigen Alternativangebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, wie auch hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung und neuerlichen Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Aufgrund der Ergreifung aller Schritte liege ein hinreichendes begründetes Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss vor. Die Antragstellerin erleide einen in der Beilage näher spezifizierten Schaden durch entgangenem Gewinn und Deckungsbeitrag. Es seien bereits jetzt Projektkosten und Rechtsberatungskosten in Höhe von etwa Euro 76.470,-- angefallen. Ebenso liege der Schaden im Verlust eines Referenzprojektes.

Zur einstweiligen Verfügung brachte sie vor, dass die Auftraggeberin nunmehr nach Ablauf der Stillhaltefrist die Möglichkeit habe den Zuschlag zu erteilen. Sie erhebe daher das Vorbringen betreffend den Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Einer einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe ein allfälliges besonderes Interesse der Antragsgegnerin nicht entgegen. Öffentliche

Interessen etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, vermögen in diesem Fall die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern, da im konkreten Fall keine aktuelle Gefährdung vorliege. Eine allfällige Verzögerung der Auftragsdurchführung stelle keinen tauglichen Verhinderungsgrund dar, wolle man die Rechtswirksamkeit dieses Rechtsschutzes nicht vollkommen aushöhlen. Dass die Auftraggeberin trotz des Widerrufs der vorangegangenen Ausschreibung im Jahr 2004 kein beschleunigtes Verfahren durchführe, sondern vielmehr zunächst eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin treffe, diese zurücknehme und sich dann weitere zwei Monate für die Angebotsprüfung Zeit lasse, vermöge eine besondere Dringlichkeit nicht zu begründen. Darüber hinaus habe sie die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens bei der Zeitplanung ins Kalkül zu ziehen. Bei Untersagung der Zuschlagserteilung handelt es sich um das gelindeste Mittel.

Am 24. Juni 2005 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, erteilte die erbetenen Auskünfte und brachte zu dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag vor, dass die Formblätter K3 und K4 ab einem Angebotspreis von über Euro 300.000,-- jedenfalls dem Angebot anzuschließen seien. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot nur zwölf K4-Blätter angeschlossen. Eine Beschränkung der K4-Blätter auf einzelne Positionen sei in der Ausschreibung nicht enthalten. Darüber hinaus habe die Antragstellerin nur für drei von siebzehn in der Materialpreisliste angeführten Materialien K4-Blätter vorgelegt. Diese seien nach der - mittlerweile präkludierten - Ausschreibung zwingend vorzulegen gewesen. Im Angebot nannte sei eine Reihe von Subunternehmen. Nach dem Aufklärungsgespräch vom 17. Februar 2005 habe sie im Schreiben vom 21. Februar 2005 eine andere Liste von Subunternehmen für den Straßenbau genannt. Ursprünglich habe sie im Leistungsteil Brückenbau gar keine Subunternehmer genannt. In dem Schreiben nach dem Aufklärungsgespräch habe sie dafür Subunternehmer genannt, ohne den Anteil des Leistungsumfanges anzugeben. Im Aufklärungsgespräch vom 30. März 2005 sei sie der Ansicht gewesen, dass sie in der Subunternehmensnennung vom 21. Februar 2005 sowohl für Straßen- als auch für Brückenbau die definierten Subunternehmer bekannt gegeben habe und damit ihre Verpflichtung erfüllt habe. Der Mangel sei nicht behebbar. Die Antragstellerin sei hinsichtlich ihrer technischen Leistungsfähigkeit auf den Einsatz von Subunternehmern angewiesen. Es sei auch nicht erkennbar gewesen und im Aufklärungsgespräch nie dargelegt worden, dass es sich bei den namhaft gemachten Subunternehmern um Lieferanten handle. Die Antragstellerin wäre entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen verpflichtet gewesen, bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden. Dieser Verpflichtung sei sie nicht nachgekommen. Bei den zeitgebundenen Kosten der Baustelle habe sie angegeben, dass die Kalkulation nur den Aufwand Personal umfasse, nicht jedoch begründet, warum diese Kosten nur für einen Zeitraum von 18 Monaten kalkuliert worden seien, die Bauzeit aber 20 Monate betrage. Auch die Positionen "Aushub für Bodenauswechslung", "Wegschaffen von Boden" und "Schüttmaterial, liefern, verdichtbar", "Aushub für Bodenauswechslung und Verfuhr" seien nicht ausreichend aufgeklärt worden. Da das Angebot auszuschneiden sei, drohe der Antragstellerin kein Schaden und sie sei nicht antragslegitimiert. Die Preise der Alternativangebote der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien verlesen worden. Dies genüge den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes. Die Ausschreibung enthalte ausreichende Kriterien für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten. Bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin seien alle in der Ausschreibung geforderten Unterlagen vorgelegen. Es liege kein Widerrufsgrund vor. Die vorgebrachte Rechtswidrigkeit liege offensichtlich nicht vor. Es könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen. Somit sei der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. Für den Fall der Stattgabe werde der Antrag gestellt, die Kostenentscheidung bis zum Vorliegen der Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen.

Am 27. Juni 2005 brachte die Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***,

1. 3.Ziffer 3

E*** und 4. F*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, in der Folge Teilnahmeantragstellerin genannt, einen Teilnahmeantrag ein. Darin beantragte sie die Teilnahme an dem gegenständlichen Nachprüfungsverfahren sowie die Zurück-, in eventu Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie der sonstigen Anträge der Antragstellerin. Schließlich stellte sie den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr sowie Anträge auf Akteneinsicht und Ausnahme von Teilen ihres Angebotes von der Akteneinsicht. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass ihr bei rechtsrichtiger Beurteilung der Anträge der Zuschlag zu erteilen sei. Sie werde bei einer Entscheidung des Bundesvergabebeamtes im Sinne des Nachprüfungsantrages in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, in ihrem Recht auf Ausscheiden mangelhafter Angebote bzw. in ihrem Recht

auf Beteiligung an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren mit ordnungsgemäßer Bestbieterermittlung bzw. ordnungsgemäßer Beauftragung und somit ordnungsgemäßer Beendigung der Vergabeverfahrens verletzt. Ihr würde ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns, der Pauschalgebühren, der Kosten der Angebotserstellung sowie der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren entstehen. Das Interesse am Vertragsabschluss habe sie durch Abgabe eines ausschreibungskonformen Haupt- und mehrerer Alternativangebote eindeutig dargelegt.

1. 2.Ziffer 2
Sachverhalt

Die Auftraggeberin baut die S 5 Stockerauer Schnellstraße 4-spurig aus. Gegenstand der Ausschreibung sind Arbeiten zur Errichtung des 4-spurigen Ausbaus im Baulos Kollersdorf-Jettsdorf. Der Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 18,5 Mio. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung erfolgt im beschleunigten offenen Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich. Die Vorinformation für den gegenständlichen Auftrag wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 12. November 2004 zur Zahl 2004/S221-190463 sowie im Lieferungsanzeiger vom 13. November 2004 zur Zahl L190263 bekannt gemacht. Die Ausschreibung selbst wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 5. Jänner 2005 zur Zahl 2005/S3-002539 und unter www.auftrag.at am selben Tag zur Zahl EU2539-2005 bekannt gemacht (amtliche Nachschau unter www.auftrag.at und ted.publications.eu.int; Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Als Beschreibung/Gegenstand des Auftrages sind Bauarbeiten für Fernstraßen genannt. Die Ausschreibung enthält zwei Ausführungsvarianten, Variante A, Bautype 1, Frostschutzschicht, mechanisch stabilisierte Tragschicht und Variante B, Bautype 4, zementstabilisierte Tragschicht im Zentralmischverfahren (ZMV). Die Ausschreibungsunterlagen waren ab 10. Jänner 2005 erhältlich. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 4. Februar 2005, 10.00 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte am 4. Februar 2005, 10.30 Uhr in den Räumen des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung in St. Pölten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Bindungsfrist der Angebote betrug drei Monate ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote. Der Baubeginn war für Mai 2005 vorgesehen. (Bekanntmachung der Ausschreibung, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Insgesamt gaben drei Bieter und Arbeitsgemeinschaften Angebote ab. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin hat für die Variante A einen Angebotspreis von Euro 16.753.396,58 und für die Variante B einen Angebotspreis von Euro 16.662.406,58 jeweils ohne USt. gelegt. Die Teilnahmeantragstellerin gab neben einem Hauptangebot sieben Alternativangebote ab. Das Hauptangebot der Teilnahmeantragstellerin hat für die Variante A einen Angebotspreis von Euro 17.653.112,04 und für die Variante B einen Angebotspreis von Euro 17.419.342,04 jeweils ohne USt. (Protokoll über die Angebotsöffnung vom 4. Februar 2005)

Mit E-Mail vom 23. Februar 2005 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der nunmehrigen Antragstellerin, Variante B, allen Bietern bekannt gegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 7. März 2005 brachte die nunmehrige Teilnahmeantragstellerin einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung vom 23. Februar 2005 ein. Am 15. März 2005 widerrief die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vom 23. Februar 2005. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes zur Zahl 17N-12/05)

Am 7. Juni 2005 gab die Auftraggeberin die gegenständliche Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeantragstellerin, Alternative 7, allen Bietern per Telefax bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. Der Auftrag wurde nicht erteilt. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin und die Teilnahmeantragstellerin bezahlten Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000,-- bzw. Euro 2.500,--. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den jeweils in Klammern genannte Beweismitteln. Diese sind die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Bekanntmachungen und Verfahrensakte des Bundesvergabeamtes, sodass an ihrer Richtigkeit und Vollständigkeit kein Zweifel besteht. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag ausgeschrieben. Es handelt sich um Straßen- und Brückenbauarbeiten. Diese sind Bautätigkeiten entsprechend Position 502.3, Brücken-, Tunnel- und Schachtbau, Grundbohrungen sowie 502.5 Straßenbau (einschließlich spezialisierter Bau von Flugplätzen und Landebahnen) nach Anhang I zum BVergG. Nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG handelt es sich daher um einen Bauauftrag. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag ausgeschrieben. Es handelt sich um Straßen- und Brückenbauarbeiten. Diese sind Bautätigkeiten entsprechend Position 502.3, Brücken-, Tunnel- und Schachtbau, Grundbohrungen sowie 502.5 Straßenbau (einschließlich spezialisierter Bau von Flugplätzen und Landebahnen) nach Anhang römisch eins zum BVergG. Nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG handelt es sich daher um einen Bauauftrag.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als Unternehmensgegenstand ist nach Art. II § 2 Abs. 1 ASFINAG - Gesetz BGBl. Nr. 591/1982 idF BGBl. I Nr. 174/2004, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des Hochrangigen Straßennetzes in Österreich einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Art. II § 5 des ASFINAG - Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. 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. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art. 14b Abs. 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes iSd § 135 Abs. 2 BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gegeben ist. 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. 174 aus 2004, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des Hochrangigen Straßennetzes in Österreich einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, des ASFINAG - Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. 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. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes iSd Paragraph 135, Absatz 2, BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten gegeben ist.

Das gegenständliche Vergabeverfahren führt das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung im Auftrag und im Namen der ASFINAG. Es fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren führt das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung im Auftrag und im Namen der ASFINAG. Es fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG.

Der geschätzte Wert des gegenständlichen Auftrages überschreitet den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG bei weitem. Daher sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der geschätzte Wert des gegenständlichen Auftrages überschreitet den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bei weitem. Daher sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig.

1. 1. Ziffer eins

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. 2.Ziffer 2

zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 7. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 21. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagempfängerin zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten und wurde durch die Verständigung der Auftraggeberin bereits eingeleitet. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten. Gerade die Prüfung der von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, weshalb sie nicht zur Aberkennung der Antragslegitimation der Antragstellerin führen können.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 7. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 21. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagempfängerin zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten und wurde durch die Verständigung der Auftraggeberin bereits eingeleitet. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten. Gerade die Prüfung der von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe ist Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens, weshalb sie nicht zur Aberkennung der Antragslegitimation der Antragstellerin führen können.

3.3. Parteien des Verfahrens

Zur Teilnahmeantragstellerin ist anzumerken, dass nach § 165 Abs. 3 BVergG im Verfahren zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung lediglich der Antragsteller und der Antragsgegner Parteien des Verfahrens sind. Die Teilnahmeantragstellerin hat auch nicht selbst die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Nach § 165 Abs. 2 BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die Frage der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist gerade nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens sondern des Hauptverfahrens. Die einstweilige Verfügung dient lediglich der Absicherung des effektiven Rechtsschutzes, sodass die Frage, hinsichtlich derer der Teilnahmeantragstellerin Parteistellung zukommt, nicht Gegenstand des Verfahrens über den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ist. Im diesem Verfahren zur Erlassung kommt der Teilnahmeantragstellerin daher keine Parteistellung zu (z.B. BVA 31.3.2005, 17N-23/05-15; BVA 30.5.2005, 17N-46/05-20; BVA 30.5.2005, 17N-47/05-11).

Zur Teilnahmeantragstellerin ist anzumerken, dass nach Paragraph 165, Absatz 3, BVergG im Verfahren zu Erlassung einer einstweiligen Verfügung lediglich der Antragsteller und der Antragsgegner Parteien des Verfahrens sind. Die Teilnahmeantragstellerin hat auch nicht selbst die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die Frage der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist gerade nicht Gegenstand des Provisorialverfahrens sondern des Hauptverfahrens. Die einstweilige Verfügung dient lediglich der Absicherung des effektiven Rechtsschutzes, sodass die Frage, hinsichtlich derer der Teilnahmeantragstellerin Parteistellung zukommt, nicht Gegenstand des Verfahrens über den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ist. Im diesem Verfahren zur Erlassung kommt der Teilnahmeantragstellerin daher keine Parteistellung zu (z.B. BVA 31.3.2005, 17N-23/05-15; BVA 30.5.2005, 17N-46/05-20; BVA 30.5.2005, 17N-47/05-11).

3.4 Zur einstweiligen Verfügung

Nach § 171 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt durch Antrag auf einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit

entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern, sobald das Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren eingeleitet ist. Nach Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt durch Antrag auf einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern, sobald das Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren eingeleitet ist.

Nach § 171 Abs. 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt die vorhersehbaren 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, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Der Auftraggeber und der Antragsteller sind vom Absehen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verständigen. Nach Paragraph 171, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt die vorhersehbaren 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, so ist von ihrer Erlassung abzusehen. Der Auftraggeber und der Antragsteller sind vom Absehen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verständigen.

Gemäß § 171 Abs. 4 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils noch gelindeste zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils noch gelindeste zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 171 Abs. 5 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch zwei Monate, bei einstweiligen Verfügungen betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich einen Monat, nach Antragstellung oder mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Gemäß Paragraph 171, Absatz 5, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch zwei Monate, bei einstweiligen Verfügungen betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich einen Monat, nach Antragstellung oder mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Die Antragstellerin bringt im Wesentlichen vor, dass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden wurde, das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuscheiden und allenfalls das Vergabeverfahren zu widerrufen gewesen wäre.

Zum Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist sie auf den im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Schaden durch bisher entstanden Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren, entgangenem Gewinn, die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und dem Verlust eines für weitere Vergabeverfahren wertvollen Referenzauftrages.

Öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen, sind nicht vorgebracht worden und sind auch dem Bundesvergabeamt nicht erkennbar.

Die Möglichkeit der Zuschlagserteilung durch die Auftraggeberin nehme der Antragstellerin die Möglichkeit, den Auftrag zu erhalten.

Die Auftraggeberin beantragte die Zurückweisung der einstweiligen Verfügung mangels Antragslegitimation, machte jedoch keine dagegen sprechenden Interessen geltend.

"Das Gesetz trägt nach seinem klaren Wortlaut der Behörde nicht auf, zu prüfen, welcher Partei welche Maßnahmen zuzumuten ist oder ob durch eine verhängte Maßnahme eine bestimmte Rechtsauffassung unterstellt wird oder nicht. Im Provisorialverfahren geht es lediglich um die Notwendigkeit, zu verhindern, dass die Hauptentscheidung durch faktische Geschehnisse ins Leere geht und die Antragstellerin somit einerseits vor vollendete Tatsachen gestellt wird und andererseits um die Frage, welche nachteilige Folgen mit der einstweiligen Verfügung verbunden sind und ob diese die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen (BVA 9.4.2001, N-62/00-42, N-7/01-39, N-9/01-39, N-10/01-39, N-24/01-34)". (Hahnl, BVergG - Bundesvergabegesetz 2002 [2002], § 171 E.3)."Das Gesetz trägt nach seinem klaren Wortlaut der Behörde nicht auf, zu prüfen, welcher Partei welche Maßnahmen zuzumuten ist oder ob durch eine verhängte Maßnahme eine bestimmte Rechtsauffassung unterstellt wird oder nicht. Im Provisorialverfahren geht es lediglich um die Notwendigkeit, zu verhindern, dass die Hauptentscheidung durch faktische Geschehnisse ins Leere geht und die Antragstellerin somit einerseits vor vollendete Tatsachen gestellt wird und andererseits um die Frage, welche nachteilige Folgen mit der einstweiligen Verfügung verbunden sind und ob diese die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung überwiegen (BVA 9.4.2001, N-62/00-42, N-7/01-39, N-9/01-39, N-10/01-39, N-24/01-34)". (Hahnl, BVergG - Bundesvergabegesetz 2002 [2002], Paragraph 171, E.3).

Auf Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin und der Ausschreibungsunterlagen ist nach § 170 Abs. 2 BVergG das Nachprüfungsverfahren einzuleiten und wurde dieses durch die Verständigung der Auftraggeberin und Vorlage der Unterlagen auch bereits eingeleitet. Es ist anzumerken, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner Zeitplanung die Dauer des Nachprüfungsverfahrens einkalkulieren muss (z.B. BVA 4.8.2004, 16N-72/04-14). Schließlich sind das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10; BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4) und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (z.B. BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12) zu berücksichtigen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat naturgemäß ein Interesse an einer möglichst raschen Zuschlagserteilung, die plangemäß nur bei Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann. Ebenso hat die Auftraggeberin ein Interesse, den Bauzeitplan einzuhalten, der einen baldigen Baubeginn vorsieht. Auf Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin und der Ausschreibungsunterlagen ist nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG das Nachprüfungsverfahren einzuleiten und wurde dieses durch die Verständigung der Auftraggeberin und Vorlage der Unterlagen auch bereits eingeleitet. Es ist anzumerken, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner Zeitplanung die Dauer des Nachprüfungsverfahrens einkalkulieren muss (z.B. BVA 4.8.2004, 16N-72/04-14). Schließlich sind das öffentliche Interesse an der Auftragserteilung an einen tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01; BVA 14.8.2003, 14N-78/03-10; BVA 27.8.2003, 10N-81/03-4) und der Vorrang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes (z.B. BVA 2.6.2003, 17N-46/03-25; BVA 12.2.2004, 16N-8/04-7; BVA 22.9.2004, 17N-88/04-13; BVA 6.10.2004, 06N-92/04-12) zu berücksichtigen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat naturgemäß ein Interesse an einer möglichst raschen Zuschlagserteilung, die plangemäß nur bei Unterbleiben einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann. Ebenso hat die Auftraggeberin ein Interesse, den Bauzeitplan einzuhalten, der einen baldigen Baubeginn vorsieht.

Insgesamt ist festzuhalten, dass bereits einmal eine Ausschreibung für das gegenständliche Bauvorhaben erfolgte und diese im Jahr 2004 durch Widerruf der Ausschreibung endete. Dazu ist festzustellen, dass der geplante Beginn der Ausführung durch die Dauer der einstweiligen Verfügung bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten von 20 Monaten ab Auftragserteilung nur geringfügig beeinträchtigt wird. Auch bereits im Jahr 2004 erfolgte Widerruf der ersten Ausschreibung für das gegenständliche Bauvorhaben vermag kein überwiegendes Interesse zu begründen, da die Auftraggeberin augenscheinlich ein solches nicht verfolgt, da sie trotz erfolgter Vorinformation kein beschleunigtes Verfahren führt. Auch spricht die Dauer der Angebotsprüfung von nahezu fünf Monaten bei einer ursprünglich vorgesehenen Bindungsfrist von drei Monaten gegen eine besondere Dringlichkeit.

Diese Interessen werden jedoch durch das bereits dargestellte öffentliche Interesse an der Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter sowie die Interessen der Antragstellerin aufgewogen. Die Interessen der übrigen Bieter sind

den oben genannten Interessen untergeordnet, da sie nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu ihren Ungunsten nicht mehr mit der Erteilung des Zuschlages zu rechnen scheinen, zumal kein anderer Bieter ein Nachprüfungsverfahren angestrengt hat. Durch die theoretisch bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens oder zumindest bis zur Ablauf der Zuschlagsfrist nötige Vorhaltung der zur Ausführung des gegenständlichen Auftrages erforderliche Ressourcen werden sie faktisch nicht mehr belastet. Unter Abwägung aller berücksichtigungswerter Interessen ergibt sich daher ein Überwiegen der Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen am Unterbleiben derselben.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten. Die einstweilige Verfügung dient der vorläufigen Verhinderung des Eintritts des geltend gemachten Schadens, somit der Sicherung der Möglichkeit eines effektiven Nachprüfungsverfahrens. Sie tritt mit Entscheidung in der Hauptsache ex lege außer Kraft, ohne dass es einer weiteren Anordnung bedürfte. Daraus ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll.

Als anzuordnende Maßnahme beantrage die Antragstellerin das Verbot der Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. 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. 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 Maße beschränkt. Daher handle es sich auch um das gelindeste geeignete, noch zum Ziel führende Mittel iSd Abs. 171 Abs. 4 BVergG. Als anzuordnende Maßnahme beantrage die Antragstellerin das Verbot der Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. 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. 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 Maße beschränkt. Daher handle es sich auch um das gelindeste geeignete, noch zum Ziel führende Mittel iSd Absatz 171, Absatz 4, BVergG.

3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr

Nach § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Nach § 74 Abs. 2 AVG legt fest, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden. Nach Paragraph 74, Absatz 2, AVG legt fest, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden.

§ 177 Abs. 5 BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus § 74 Abs. 2

AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind. Daher ist das für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständige Organ auch zuständig, über den Ersatz der für die einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen. Dies ist nach § 154 Abs. 1 Z 2 BVergG der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende oder ein Senatsvorsitzender des Bundesvergabeamtes (BVA 20.5.2005, 04N-16/05-25). Paragraph 177, Absatz 5, BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus Paragraph 74, Absatz 2, AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind. Daher ist das für die Entscheidung über die einstweilige Verfügung zuständige Organ auch zuständig, über den Ersatz der für die einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen. Dies ist nach Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende oder ein Senatsvorsitzender des Bundesvergabeamtes (BVA 20.5.2005, 04N-16/05-25).

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für die Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, präzisiert noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt. Sie hat daher zumindest teilweise obsiegt. Da sich der Antrag und die aufgetragene Maßnahme gegen die Auftraggeberin wendet, ist sie als Antragsgegnerin iSd §§ 171 Abs. 1 und 177 Abs. 5 BVergG anzusehen. Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für die Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, präzisiert noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt. Sie hat daher zumindest teilweise obsiegt. Da sich der Antrag und die aufgetragene Maßnahme gegen die Auftraggeberin wendet, ist sie als Antragsgegnerin iSd Paragraphen 171, Absatz eins und 177 Absatz 5, BVergG anzusehen.

Dokumentnummer

VERGT_20050628_17N_64_05_10_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