

TE Verg Bescheid 2005/6/23 17N-62/05-13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.06.2005

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 "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH 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 "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, das Bundesvergabeamt möge "der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren betreffend die am 2.6.2005 bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung zugunsten C***/D***/E***, längstens aber für die Dauer von zwei Monaten nach Antragstellung die Erteilung des Zuschlages zugunsten der Mitbieterin C***/D***/E*** untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die

ASFINAG Bau Management GmbH ist es untersagt, bis zur Beendigung des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 16. August 2005, den Zuschlag in dem Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" zu erteilen.

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

2002 - BVergG, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005 2002 - 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 A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, das Bundesvergabeamt möge "die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühr von Euro 5.000,-- zu Händen des Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten", wird stattgegeben.

Die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH ist verpflichtet, der Antragstellerin zuhänden ihres Rechtsvertreters die Pauschalgebühr von Euro 5.000,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG 2002, § 74 Abs. 2 Allgemeines
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002, 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

Parteienvorbringen

Die Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 16. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Darin beantragte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- zuhänden des Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution. Dieser Nachprüfungsantrag betrifft das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH in der Folge Auftraggeberin genannt. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen des Fehlens von K4-Blättern, einer nicht ordnungs- bzw. normgemäßen Kalkulation der Preise und dem Vorliegen von unzulässigen Umlagerungen - Unterpreisen, eines unplausiblen Gesamtpreises, des Nichteinhaltens der ÖNORM B 2061 bei der Preisermittlung von Bauleistungen und der mangelnden Eignung der Subunternehmerin "F***" ausgeschieden worden. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Gleichbehandlung, auf ein faires Vergabeverfahren, auf Erteilung des Zuschlages zugunsten ihres Angebotes, Nichtausscheiden ihres Angebotes, hilfsweise in ihren Rechten auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens, auf Ausscheiden sämtlicher Angebote und ihrem Recht auf neuerliche Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Darüber hinaus erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf unverzügliche Bekanntgabe der Gründe der mitgeteilten Zuschlagsentscheidung verletzt. Begründend führte sie an, dass sie ein um mehr als zwei Millionen Euro günstigeres Angebot als die nunmehr in Aussicht genommene Bestbieterin gelegt habe. Auch nach dem Prüfbericht entspreche das Angebot dem Amtsentwurf vollständig. K4-Blätter seien lediglich für in Eigenleistung zu erbringende Materialien, also Bauleistungen im engeren Sinne vorzulegen. Der gegenständliche Auftrag sehe die Herstellung von Verkehrs- und Leittechnik vor. Eigentliche Bauarbeiten seien in geringem Ausmaß zu erbringen. Diese werden durch Subunternehmer erbracht. Bei der Verkehrs- und Leittechnik werden überdies Anlieferungskosten, Schwund und Zuschlagskosten nicht gesondert kalkuliert, sondern seien Teil der im Teil K7-Blatt ausgewiesenen Einkaufspreise. Das Verlangen zur Vorlage von K4- Blättern stehe daher in einem unauflösbaren Widerspruch zur Vergabe des gegenständlichen Auftrages zu Liefer- und Montageleistungen im Bereich der Verkehrs- und Leittechnik. Die Antragstellerin könne im vorliegenden Fall überhaupt keine Angaben, wie sie im Formblatt K4 vorgesehen seien, machen, weil sie die Bauleistungen im eigentlichen Sinne nachweislich durch einen Subunternehmer zu erbringen beabsichtige. Die Ausschreibungsunterlagen seien nach den Auslegungsregeln der §§

914f ABGB auszulegen. Daraus ergebe sich, dass das Angebot trotz Nichtvorlage des K4-Blattes im Sinne der Ausschreibungsunterlagen vollständig sei. Sollte doch die Vorlage notwendig sein, handle es sich um einen behebbaren Mangel. Dies sei durch Vorlage von zwei Gutachten dargelegt. Der Auftraggeber könne keine zusätzlichen Ausscheidensgründe in der Ausschreibung festlegen. Ebenso wären die Angebote jener Bieter auszuschneiden, die unvollständige K4-Blätter vorgelegt haben. Die Ausschreibungsunterlagen sähen gesonderte Leistungspositionen für Wartung und Inspektion bzw. Instandsetzung vor. Diese seien erst nach Ablauf der Gewährleistung zur Auszahlung gelangen, jedoch die bedungenen Leistungen auch innerhalb der Gewährleistungsfrist zu erbringen. Daher sei erst mit einer Bezahlung dieser Leistungen in der Position "Wartung/Inspektion" nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zu rechnen. Instandhaltungsleistungen infolge von Drittschäden sollen ohnehin gesondert entgolten werden. Die Leistungen der Instandhaltung seien daher nicht als Kostenfaktor der zu errichtenden oder der zu erbringenden Leistungen, sondern in einer eigenen Position zu kalkulieren. Zum Los 4 finde sich der Kalkulationshinweis, dass die Kosten für die Wartung, Inspektion und Instandsetzung in der Zeit der Gewährleistung in die Einheitspreise einzurechnen seien. Damit seien die Einheitspreise der Wartung und Instandsetzung zu verstehen. Die reine Gewährleistung sei durch die Einheitspreise der einzelnen Positionen abgedeckt. Auch bewege sich der Preis für die Instandhaltung im Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Preise der anderen Bieter. Im Bietergespräch sei die Frage nach der Kalkulation der Instandhaltungskosten ohne Vorbereitung gestellt worden. Insgesamt habe die Antragstellerin ein kostendeckend kalkuliertes Angebot gelegt. Die Auftraggeberin schließe aus einer Äußerung der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch wonach eine "seriöse Kalkulation der Instandhaltungskosten nicht möglich" sei, auf eine Unplausibilität des Gesamtpreises. Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung wäre die Auftraggeberin gezwungen gewesen, eine angemessene Frist zur schriftlichen Aufklärung einzuräumen. Wenn eine plausible und seriöse Kalkulation nicht möglich gewesen sein sollte, wären auch die Angebote aller anderen Bieter zwangsläufig unplausibel kalkuliert. Da die Antragstellerin ihr Wagnis mit 0% beziffert habe, sehe die Auftraggeberin einen unbehebaren Mangel und einen Verstoß gegen die ÖNORM B 2061. Es mache keinen Unterschied, ob nicht direkt zurechenbare Kosten als Gewinn oder als Wagnis bezeichnet werden, sofern solche Kosten im Angebotspreis Deckung finden. Die F*** sei zur Herstellung von Stahl und Stahlerzeugnissen und deren Lieferung und Montage befugt. Im gegenständlichen Angebot sei lediglich vorgesehen, dass sie die Stahlprodukte anliefern, während die Montage durch die Grimm Austria erfolge. Es seien dafür keine besonderen Befugnisse erforderlich. Die Auftraggeberin habe die Gründe für die Zuschlagsentscheidung nicht unverzüglich bekannt gegeben. Das Ausscheiden sei daher zu Unrecht erfolgt. Der Antragstellerin entstehe ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. Euro 610.000,--, frustrierten Kosten der Angebotslegung in der Höhe von ca. Euro 105.000,-- sowie dem Verlust eines Referenzprojektes. Die Bietergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte am 16. Juni 2005 den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein. Darin beantragte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,-- zuhanden des Rechtsvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution. Dieser Nachprüfungsantrag betrifft das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, Verkehrsleittechnik" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH in der Folge Auftraggeberin genannt. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen des Fehlens von K4-Blättern, einer nicht ordnungs- bzw. normgemäßen Kalkulation der Preise und dem Vorliegen von unzulässigen Umlagerungen - Unterpreisen, eines unplausiblen Gesamtpreises, des Nichteinhaltens der ÖNORM B 2061 bei der Preisermittlung von Bauleistungen und der mangelnden Eignung der Subunternehmerin "F***" ausgeschieden worden. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Gleichbehandlung, auf ein faires Vergabeverfahren, auf Erteilung des Zuschlages zugunsten ihres Angebotes, Nichtausscheiden ihres Angebotes, hilfsweise in ihren Rechten auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens, auf Ausscheiden sämtlicher Angebote und ihrem Recht auf neuerliche Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt. Darüber hinaus erachtet sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf unverzügliche Bekanntgabe der Gründe der mitgeteilten Zuschlagsentscheidung verletzt. Begründend führte sie an, dass sie ein um mehr als zwei Millionen Euro günstigeres Angebot als die nunmehr in Aussicht genommene Bestbieterin gelegt habe. Auch nach dem Prüfbericht entspreche das Angebot dem Amtsentwurf vollständig. K4-Blätter seien lediglich für in Eigenleistung zu erbringende Materialien, also Bauleistungen im engeren Sinne vorzulegen. Der gegenständliche Auftrag sehe die Herstellung von Verkehrs- und Leittechnik vor. Eigentliche Bauarbeiten seien in geringem Ausmaß zu erbringen. Diese werden durch Subunternehmer

erbracht. Bei der Verkehrs- und Leittechnik werden überdies Anlieferungskosten, Schwund und Zuschlagskosten nicht gesondert kalkuliert, sondern seien Teil der im Teil K7-Blatt ausgewiesenen Einkaufspreise. Das Verlangen zur Vorlage von K4- Blättern stehe daher in einem unauflösbaren Widerspruch zur Vergabe des gegenständlichen Auftrages zu Liefer- und Montageleistungen im Bereich der Verkehrs- und Leittechnik. Die Antragstellerin könne im vorliegenden Fall überhaupt keine Angaben, wie sie im Formblatt K4 vorgesehen seien, machen, weil sie die Bauleistungen im eigentlichen Sinne nachweislich durch einen Subunternehmer zu erbringen beabsichtige. Die Ausschreibungsunterlagen seien nach den Auslegungsregeln der Paragraphen 914 f, ABGB auszulegen. Daraus ergebe sich, dass das Angebot trotz Nichtvorlage des K4-Blattes im Sinne der Ausschreibungsunterlagen vollständig sei. Sollte doch die Vorlage notwendig sein, handle es sich um einen behebbaren Mangel. Dies sei durch Vorlage von zwei Gutachten dargelegt. Der Auftraggeber könne keine zusätzlichen Ausscheidensgründe in der Ausschreibung festlegen. Ebenso wären die Angebote jener Bieter auszuschneiden, die unvollständige K4-Blätter vorgelegt haben. Die Ausschreibungsunterlagen sähen gesonderte Leistungspositionen für Wartung und Inspektion bzw. Instandsetzung vor. Diese seien erst nach Ablauf der Gewährleistung zur Auszahlung gelangen, jedoch die bedungenen Leistungen auch innerhalb der Gewährleistungsfrist zu erbringen. Daher sei erst mit einer Bezahlung dieser Leistungen in der Position "Wartung/Inspektion" nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zu rechnen. Instandhaltungsleistungen infolge von Drittschäden sollen ohnehin gesondert entgolten werden. Die Leistungen der Instandhaltung seien daher nicht als Kostenfaktor der zu errichtenden oder der zu erbringenden Leistungen, sondern in einer eigenen Position zu kalkulieren. Zum Los 4 finde sich der Kalkulationshinweis, dass die Kosten für die Wartung, Inspektion und Instandsetzung in der Zeit der Gewährleistung in die Einheitspreise einzurechnen seien. Damit seien die Einheitspreise der Wartung und Instandsetzung zu verstehen. Die reine Gewährleistung sei durch die Einheitspreise der einzelnen Positionen abgedeckt. Auch bewege sich der Preis für die Instandhaltung im Angebot der Antragstellerin im Rahmen der Preise der anderen Bieter. Im Bietergespräch sei die Frage nach der Kalkulation der Instandhaltungskosten ohne Vorbereitung gestellt worden. Insgesamt habe die Antragstellerin ein kostendeckend kalkuliertes Angebot gelegt. Die Auftraggeberin schließe aus einer Äußerung der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch wonach eine "seriöse Kalkulation der Instandhaltungskosten nicht möglich" sei, auf eine Unplausibilität des Gesamtpreises. Im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung wäre die Auftraggeberin gezwungen gewesen, eine angemessene Frist zur schriftlichen Aufklärung einzuräumen. Wenn eine plausible und seriöse Kalkulation nicht möglich gewesen sein sollte, wären auch die Angebote aller anderen Bieter zwangsläufig unplausibel kalkuliert. Da die Antragstellerin ihr Wagnis mit 0% beziffert habe, sehe die Auftraggeberin einen unbehebaren Mangel und einen Verstoß gegen die ÖNORM B 2061. Es mache keinen Unterschied, ob nicht direkt zurechenbare Kosten als Gewinn oder als Wagnis bezeichnet werden, sofern solche Kosten im Angebotspreis Deckung finden. Die F*** sei zur Herstellung von Stahl und Stahlerzeugnissen und deren Lieferung und Montage befugt. Im gegenständlichen Angebot sei lediglich vorgesehen, dass sie die Stahlprodukte anliefern, während die Montage durch die Grimm Austria erfolge. Es seien dafür keine besonderen Befugnisse erforderlich. Die Auftraggeberin habe die Gründe für die Zuschlagsentscheidung nicht unverzüglich bekannt gegeben. Das Ausscheiden sei daher zu Unrecht erfolgt. Der Antragstellerin entstehe ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn bzw. Deckungsbeitrag einschließlich der Regiegemeinkosten von ca. Euro 610.000,--, frustrierten Kosten der Angebotslegung in der Höhe von ca. Euro 105.000,-- sowie dem Verlust eines Referenzprojektes.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass durch Unterbleiben der einstweiligen Verfügung die Chance, den Auftrag zu erhalten, endgültig verloren gehe. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegen. Die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens sei in die Projektplanung einzurechnen. Die beantragte Maßnahme stelle das gelindeste Mittel dar.

Die Auftraggeberin erstattete mit Telefax vom 21. Juni 2005 eine Stellungnahme. Darin trat sie der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen und beantragte, die Gebührenentscheidung bis zur Entscheidung über die Hauptsache auszusetzen. Weiters brachte sie vor, dass es sich sehr wohl um einen Bauauftrag iSd § 3 BVergG handle. Im Übrigen trat sie dem Vorbringen des Nachprüfungsantrages entgegen. Insbesondere führte sie aus, dass die geforderten K4-Blätter nicht mit dem Angebot abgegeben worden seien und das Angebot der Antragstellerin daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unvollständig und auszuschneiden sei. Im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie wesentliche Kostenanteile, nämlich die Kosten der Instandhaltungsleistungen während der Gewährleistungsfrist, auf andere als in der Ausschreibung vorgesehenen Positionen "umgelegt" habe. Darüber hinaus habe sie diese Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen getätigt.

Weiters ergebe sich für die Bietergemeinschaft bei der Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen bei der Ermittlung des Bestbieters der Vorteil, dass die Kosten für die Instandhaltung während der Gewährleistung in diesem Fall nur zu 50% in die Ermittlung des Preises eingingen und somit ein Vorteil für den Bieter sei, welcher einer Spekulation gleichkomme. Die Bietergemeinschaft habe diese Mängel weder im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 noch in der ihr zugestandenen Nachfrist zur schriftlichen Stellungnahme über die ausführlichen Ausführungen hinaus, ordnungsgemäß bzw. nachvollziehbar aufklären können. Es sei das Angebot auszuschneiden. In dem genannten Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie die gegenständlichen Kosten und Preise für die Wartung während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist nicht seriös kalkulieren habe können bzw. dies nicht möglich sei. Dies sei ein Verstoß gegen die Rügepflicht. Damit habe sie selbst dokumentiert, dass ihr Angebot über keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises verfüge und somit gegen § 95 Z 3 BVerG 2002 verstoße. Aus diesem Grund sei das Angebot auszuschneiden. In dem Aufklärungsgespräch sei aufgezeigt worden, dass ein unternehmerisches Risiko während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist vorliege. Die Antragstellerin habe auf den mit dem Angebot abgegebenen K3- Blatt in der Zeile "Wagnis" auf sämtliche Zuschlagsträger 0% ausgewiesen. Das Angebot sei daher nicht ordnungsgemäß nach der vertragsgegenständlichen ÖNORM B 2061 kalkuliert worden, sodass es nach § 98 Z 5 und 8 BVerG auszuschneiden sei. Die Subunternehmerin F*** habe keine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes in Österreich in Zusammenhang mit den Übergangsbestimmungen des EU-Vertrages nachgewiesen, zumal keine österreichischen Arbeitnehmer beschäftigt seien. Die Weitergabe von Leistungen an befugte Subunternehmer sei unzulässig. Daher sei das Angebot auszuschneiden. Darüber hinaus ergebe sich aus dem Nachprüfungsantrag, dass die F*** offensichtlich keine Subunternehmerin sondern eine Lieferantin sei, was in Widerspruch zu der Subunternehmerdeklaration stehe. Zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sei die Antragstellerin nicht legitimiert, da sie ausgeschieden worden sei. Der Antrag sei daher aus diesem Grunde zurückzuweisen. Im Übrigen beantragte die Antragstellerin die Ab- in eventu die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages. Die Auftraggeberin erstattete mit Telefax vom 21. Juni 2005 eine Stellungnahme. Darin trat sie der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen und beantragte, die Gebührenentscheidung bis zur Entscheidung über die Hauptsache auszusetzen. Weiters brachte sie vor, dass es sich sehr wohl um einen Bauauftrag iSd Paragraph 3, BVerG handle. Im Übrigen trat sie dem Vorbringen des Nachprüfungsantrages entgegen. Insbesondere führte sie aus, dass die geforderten K4-Blätter nicht mit dem Angebot abgegeben worden seien und das Angebot der Antragstellerin daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unvollständig und auszuschneiden sei. Im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie wesentliche Kostenanteile, nämlich die Kosten der Instandhaltungsleistungen während der Gewährleistungsfrist, auf andere als in der Ausschreibung vorgesehenen Positionen "umgelegt" habe. Darüber hinaus habe sie diese Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen getätigt. Weiters ergebe sich für die Bietergemeinschaft bei der Umlage auf optional zu beauftragende Leistungen bei der Ermittlung des Bestbieters der Vorteil, dass die Kosten für die Instandhaltung während der Gewährleistung in diesem Fall nur zu 50% in die Ermittlung des Preises eingingen und somit ein Vorteil für den Bieter sei, welcher einer Spekulation gleichkomme. Die Bietergemeinschaft habe diese Mängel weder im Aufklärungsgespräch vom 25. April 2005 noch in der ihr zugestandenen Nachfrist zur schriftlichen Stellungnahme über die ausführlichen Ausführungen hinaus, ordnungsgemäß bzw. nachvollziehbar aufklären können. Es sei das Angebot auszuschneiden. In dem genannten Aufklärungsgespräch habe die Antragstellerin kundgetan, dass sie die gegenständlichen Kosten und Preise für die Wartung während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist nicht seriös kalkulieren habe können bzw. dies nicht möglich sei. Dies sei ein Verstoß gegen die Rügepflicht. Damit habe sie selbst dokumentiert, dass ihr Angebot über keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises verfüge und somit gegen Paragraph 95, Ziffer 3, BVerG 2002 verstoße. Aus diesem Grund sei das Angebot auszuschneiden. In dem Aufklärungsgespräch sei aufgezeigt worden, dass ein unternehmerisches Risiko während der Gewährleistungs- bzw. verlängerten Gewährleistungsfrist vorliege. Die Antragstellerin habe auf den mit dem Angebot abgegebenen K3- Blatt in der Zeile "Wagnis" auf sämtliche Zuschlagsträger 0% ausgewiesen. Das Angebot sei daher nicht ordnungsgemäß nach der vertragsgegenständlichen ÖNORM B 2061 kalkuliert worden, sodass es nach Paragraph 98, Ziffer 5 und 8 BVerG auszuschneiden sei. Die Subunternehmerin F*** habe keine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes in Österreich in Zusammenhang mit den Übergangsbestimmungen des EU-Vertrages nachgewiesen, zumal keine österreichischen Arbeitnehmer beschäftigt seien. Die Weitergabe von Leistungen an befugte Subunternehmer sei unzulässig. Daher sei das Angebot auszuschneiden. Darüber hinaus ergebe sich aus dem Nachprüfungsantrag, dass die F*** offensichtlich keine

Subunternehmerin sondern eine Lieferantin sei, was in Widerspruch zu der Subunternehmerdeklaration stehe. Zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sei die Antragstellerin nicht legitimiert, da sie ausgeschieden worden sei. Der Antrag sei daher aus diesem Grunde zurückzuweisen. Im Übrigen beantragte die Antragstellerin die Ab- in eventu die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Am 22. Juni 2005 replizierte die Antragstellerin und entgegnete hinsichtlich der Antragslegitimation, dass die Zuschlagsentscheidung durch eine rechtswidrige Ausscheidensentscheidung "infiziert" sei. Der Antrag sei daher zulässig, zumal es sich bei der Ausscheidensentscheidung nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung handle. Die einstweilige Verfügung sei in der Form zu erlassen.

Am 23. Juni 2005 brachte die Bietergemeinschaft 1. C***, 2. D***,

1. 3.Ziffer 3

E*** vertreten durch D*** in der Folge Teilnahmeantragstellerin genannt, einen Teilnahmeantrag ein. Sie sei die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin. Machte sie die mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin geltend und verwies auf die Stellungnahme der Auftraggeberin. Zu der einstweiligen Verfügung machte sie die besondere Dringlichkeit der Entlastung der Süd-Ost Tangente und der damit verbundenen Erhöhung der Verkehrssicherheit geltend. Ebenso seien durch

einen verzögerten Baubeginn die Arbeiten unter Verkehr durchzuführen und die Arbeiter einer erhöhten Unfallgefahr ausgesetzt. Sie beantragte die Teilnahme an dem mit Antrag vom 16. Juni 2005 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren, die Zurückin eventu Abweisung des Antrags auf Nichtigkerklärung der Zuschlagsentscheidung und die Zurück- in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Die Auftraggeberin errichtet die S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Bereich zwischen Vösendorf und Schwechat. Im Zuge dieses Gesamtvorhabens gelangt die Verkehrs- und Leittechnik zur Ausschreibung. Der Auftrag besteht aus den Losen 1 Verkehrstechnik, 2 Leittechnik, 3 Wartung und 4 VBA. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30. Dezember 2004, 2004/S 254-220076, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 30. Dezember 2004, EU220076-2004 veröffentlicht. Diese Bekanntmachung wurde am 22. Dezember 2004 abgesandt. Die Art des Bauauftrages war mit der Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen bezeichnet. In der Bekanntmachung der Ausschreibung war unter Punkt II.2.2 "Optionen. Beschreibung und Angabe des Zeitpunktes, zu dem sie wahrgenommen werden können", nichts eingetragen. Die Auftragsdauer sollte von 18. Oktober 2005 bis 28. Oktober 2007 dauern. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 15. Februar 2005, 14.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle, ÖSAG, die Angebotsöffnung erfolgen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter ted.publications.eu.int und unter www.auftrag.at) Die Auftraggeberin errichtet die S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Bereich zwischen Vösendorf und Schwechat. Im Zuge dieses Gesamtvorhabens gelangt die Verkehrs- und Leittechnik zur Ausschreibung. Der Auftrag besteht aus den Losen 1 Verkehrstechnik, 2 Leittechnik, 3 Wartung und 4 VBA. Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 30. Dezember 2004, 2004/S 254-220076, und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 30. Dezember 2004, EU220076-2004 veröffentlicht. Diese Bekanntmachung wurde am 22. Dezember 2004 abgesandt. Die Art des Bauauftrages war mit der Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen bezeichnet. In der Bekanntmachung der Ausschreibung war unter Punkt römisch zwei.2.2 "Optionen. Beschreibung und Angabe des Zeitpunktes, zu dem sie wahrgenommen werden können", nichts eingetragen. Die Auftragsdauer sollte von 18. Oktober 2005 bis 28. Oktober 2007 dauern. Die Ausschreibung erfolgte im offenen Verfahren. Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 15. Februar 2005, 14.00 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt sollte in den Räumlichkeiten der vergebenden Stelle, ÖSAG, die Angebotsöffnung erfolgen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter ted.publications.eu.int und unter www.auftrag.at)

Die Zuschlagskriterien betragen Gesamtpreis zu 94% und Qualität zu 6%. Der geschätzte Gesamtauftragswert des gegenständlichen Bauprojektes beträgt Euro 434,2 Mio ohne USt. Der geschätzte Auftragswert beträgt für die Errichtung der Anlage

Euro 16.383.800,-- und für die Instandhaltung nach dem Ende der Gewährleistung Euro 1.480.000,--, in Summe Euro 17.763.800,-- jeweils ohne USt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, Auskunft der Auftraggeberin)

Mit Schreiben vom 8. Februar 2005 nahm die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH Klarstellungen, Ergänzungen und Berichtigungen zur Ausschreibung vor und verlängerte die Angebotsfrist bis 8. März 2005, 14.00 Uhr. Mit Schreiben vom 1. März 2005 nahm die vergebende Stelle weitere Klarstellungen, Ergänzungen und Berichtigungen zur Ausschreibung vor und verlängerte die Angebotsfrist bis 15. März 2005, 14.00 Uhr. Mit der dritten Berichtigung verlängerte sie die Angebotsfrist auf 17. März 2005, 14.00 Uhr. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 17. März 2005 fand von 14.00 Uhr bis 16.20 Uhr die Angebotsöffnung in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin statt. Fünf Bieter und Bietergemeinschaften legten Angebote. Eine Bietergemeinschaft legte neben ihrem Hauptangebot vier Alternativangebote. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einem Gesamtangebotspreis von Euro 12.361.647,35 ohne USt. Im Protokoll zur Angebotsöffnung ist festgehalten, dass diesem Angebot keine K4-Blätter beilagen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die formale Prüfung des Angebotes der Antragstellerin ergab, dass es aufgrund der Nichtabgabe der K4-Blätter unvollständig ausgearbeitet und daher formal nicht korrekt ist. Ebenso wenig wurde eine Kopie des Originalangebotes, wie gefordert, abgegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 22. März 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Aufklärung hinsichtlich des Fehlens der K4-Blätter bis 30. März 2005 auf. Mit Schreiben vom 30. März 2005 übermittelte die Antragstellerin der Auftraggeberin eine Stellungnahme unter Anschluss eines Gutachtens des Vertreters der Antragstellerin sowie K4-Blätter. Mit Telefax vom 22. April 2004 forderte die Auftraggeberin von der Antragstellerin Unterlagen nach. Mit Telefax vom selben Tag lud sie zum Bietergespräch vom 25. April 2005, 16.00 Uhr, in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein. Mit weiterem Telefax vom selben Tag forderte die Auftraggeberin gemäß § 94 BVergG um Aufklärung zu den fehlenden K4-Blättern auf. Am 25. April 2005 fand in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein Bietergespräch statt. Dafür übermittelte die Antragstellerin eine schriftliche Fragebeantwortung. Mit Schreiben vom 26. April 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Aufklärung sämtlicher erforderlicher Befugnisse auf. Mit Schreiben vom 29. April 2005 übermittelte die Antragstellerin zwei Rechtsgutachten zu dieser Frage. Im Nachhang zu dem Bietergespräch übermittelte die Antragstellerin mit Schreiben vom 29. April 2005 weitere Unterlagen und Stellungnahmen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Telefax vom 22. März 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Aufklärung hinsichtlich des Fehlens der K4-Blätter bis 30. März 2005 auf. Mit Schreiben vom 30. März 2005 übermittelte die Antragstellerin der Auftraggeberin eine Stellungnahme unter Anschluss eines Gutachtens des Vertreters der Antragstellerin sowie K4-Blätter. Mit Telefax vom 22. April 2004 forderte die Auftraggeberin von der Antragstellerin Unterlagen nach. Mit Telefax vom selben Tag lud sie zum Bietergespräch vom 25. April 2005, 16.00 Uhr, in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein. Mit weiterem Telefax vom selben Tag forderte die Auftraggeberin gemäß Paragraph 94, BVergG um Aufklärung zu den fehlenden K4-Blättern auf. Am 25. April 2005 fand in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin ein Bietergespräch statt. Dafür übermittelte die Antragstellerin eine schriftliche Fragebeantwortung. Mit Schreiben vom 26. April 2005 forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin zur Aufklärung sämtlicher erforderlicher Befugnisse auf. Mit Schreiben vom 29. April 2005 übermittelte die Antragstellerin zwei Rechtsgutachten zu dieser Frage. Im Nachhang zu dem Bietergespräch übermittelte die Antragstellerin mit Schreiben vom 29. April 2005 weitere Unterlagen und Stellungnahmen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 2. Juni 2005 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft C***/D***/E*** bekannt. Mit Telefax vom 2. Juni 2005, 20.51 Uhr forderte die Antragstellerin die Auftraggeberin zur Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes auf. Mit Telefax vom 10. Juni 2005 teilte die Auftraggeberin die Bewertung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes mit. Weiters gab sie bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen der Nichtabgabe der K4-Blätter, der nicht ordnungs- bzw. nicht normgemäßen Kalkulation der Preise bzw. unzulässigen Umlagerungen, als Unterpreis gewertet, der von der Antragstellerin unterstellten Unmöglichkeit einer seriösen Kalkulation der Kosten für die Wartung, als unplausibler Gesamtpreis gewertet, sowie wegen der Nichteinhaltung der ÖNORM B 2061 "Preisermittlung für Bauleistungen" sowie der mangelnden Eignung des Subunternehmers F*** nach § 98 Z 1, 3, 5 und 8 BVergG 2002 auszuschneiden sei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Telefax vom 2. Juni 2005 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft C***/D***/E*** bekannt. Mit Telefax vom 2. Juni 2005, 20.51 Uhr forderte die

Antragstellerin die Auftraggeberin zur Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes auf. Mit Telefax vom 10. Juni 2005 teilte die Auftraggeberin die Bewertung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes mit. Weiters gab sie bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen der Nichtabgabe der K4-Blätter, der nicht ordnungs- bzw. nicht normgemäßen Kalkulation der Preise bzw. unzulässigen Umlagerungen, als Unterpreis gewertet, der von der Antragstellerin unterstellten Unmöglichkeit einer seriösen Kalkulation der Kosten für die Wartung, als unplausibler Gesamtpreis gewertet, sowie wegen der Nichteinhaltung der ÖNORM B 2061 "Preisermittlung für Bauleistungen" sowie der mangelnden Eignung des Subunternehmers F*** nach Paragraph 98, Ziffer eins, 3, 5 und 8 BVergG 2002 auszuschneiden sei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 16. Juni 2005 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Nachprüfungsantrag ein und bezahlte die Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000,--. Die Teilnahmeantragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2.500,--. (Akt des Nachprüfungsverfahrens)

Der Zuschlag wurde bisher nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die jeweils in Klammern genannten Beweismittel. Zweifel an deren Echtheit traten nicht auf. Ebenso wenig traten Zweifel an deren Richtigkeit auf, weshalb die obigen Feststellungen zu treffen waren.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag umschrieben. Er umfasst zu einem geringeren Anteil Baumeisterarbeiten, hauptsächlich jedoch Stahlbauarbeiten und elektrotechnische Arbeiten. Unvorgreiflich einer Würdigung durch den Senat wird im Zusammenhang mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung davon ausgegangen, dass es sich dabei um Tätigkeiten nach Untergruppen 500.1, 502.1, 503.5, 503.6 nach Anhang I des Bundesvergabegesetzes handelt. Der gegenständliche Auftrag ist daher als Bauauftrag nach § 3 Abs. 1 BVergG anzusehen. Der gegenständliche Auftrag wurde als Bauauftrag umschrieben. Er umfasst zu einem geringeren Anteil Baumeisterarbeiten, hauptsächlich jedoch Stahlbauarbeiten und elektrotechnische Arbeiten. Unvorgreiflich einer Würdigung durch den Senat wird im Zusammenhang mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung davon ausgegangen, dass es sich dabei um Tätigkeiten nach Untergruppen 500.1, 502.1, 503.5, 503.6 nach Anhang römisch eins des Bundesvergabegesetzes handelt. Der gegenständliche Auftrag ist daher als Bauauftrag nach Paragraph 3, Absatz eins, BVergG anzusehen.

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 Bundesvergabeamtes 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 Bundesvergabebeamtes gegeben ist.

Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ASFINAG Baumanagement GmbH im Vollmachtsnamen der ASFINAG durch. Sie fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 20 Z 36 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ASFINAG Baumanagement GmbH im Vollmachtsnamen der ASFINAG durch. Sie fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG.

Der geschätzte Wert des gegenständlichen Gesamtauftrages 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 Gesamtauftrages 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.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den Nachprüfungsantrag am 16. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Die Verständigung der Auftraggeberin erfolgte per Telefax vor Einbringung des Nachprüfungsantrages. Er enthält alle nach § 166 Abs. 1 erforderlichen Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Wie in dem Antrag zu Recht ausgeführt ist, ist es Aufgabe des Bieters, eine gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen. Das Ausscheiden ist in diesem Sinne keine gesondert anfechtbare Entscheidung und nur ausnahmsweise selbstständig anfechtbar. Wurde jedoch ein Bieter zu Unrecht ausgeschieden, so belastet dies auch die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 2. Juni 2005 mitgeteilt. Sie brachte den Nachprüfungsantrag am 16. Juni 2005 ein. Er ist daher rechtzeitig. Die Verständigung der Auftraggeberin erfolgte per Telefax vor Einbringung des Nachprüfungsantrages. Er enthält alle nach Paragraph 166, Absatz eins, erforderlichen Angaben. Ein Grund für seine Unzulässigkeit nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Wie in dem Antrag zu Recht ausgeführt ist, ist es Aufgabe des Bieters, eine gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen. Das Ausscheiden ist in diesem Sinne keine gesondert anfechtbare Entscheidung und nur ausnahmsweise selbstständig anfechtbar. Wurde jedoch ein Bieter zu Unrecht ausgeschieden, so belastet dies auch die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit.

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 Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin und der Teilnahmeantragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten. 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 Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten. Die inhaltliche Beurteilung des Vorbringens der Antragstellerin und der Teilnahmeantragstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der einstweiligen Verfügung, sondern dem Hauptverfahren vorbehalten.

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 Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die Frage der Nichtigkeitsklärung 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). Ihre Interessen sind lediglich im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigen. 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). Ihre Interessen sind lediglich im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigen.

3.4. Zur einstweiligen Verfügung - Spruchpunkt B.4. Zur einstweiligen Verfügung - Spruchpunkt römisch eins

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 zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen vor, dass ihr Angebot zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Die Auftraggeberin könne nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen. Dadurch ergebe sich eine Schädigung der Interessen der Antragstellerin. Den beantragten Maßnahmen stünde kein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegen.

Die Auftraggeberin brachte dagegen lediglich vor, dass eine inhaltliche Entscheidung des Bundesvergabeamtes nicht unter Ausnutzung der zweimonatigen Entscheidungsfrist ergehen möge. Die Teilnahmeantragstellerin brachte vor, dass eine Verzögerung des Baubeginns mit einer Verzögerung eines Beitrages zur Verkehrssicherheit auf der Süd-Ost Tangente verbunden sei. Weiters sei die Sicherheit ihrer Arbeitnehmer gefährdet. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen, wurden nicht behauptet und sind auch dem Bundesvergabeamt nicht erkennbar. In diesem Zusammenhang ist allgemein zu beachten, dass die Interessensabwägung dann zugunsten der Antragsteller auszufallen hat, wenn sich der Auftraggeber ausdrücklich nicht gegen die beantragte einstweilige Verfügung ausspricht und zudem im konkreten Vergabeverfahren auch nicht von einer Gefahrensituation für Leib und Leben ausgegangen werden kann (BVA 24.3.2005, 12N-19/05-4).

"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. Das öffentliche Interesse an der Erhöhung der Verkehrssicherheit ist zweifellos zu berücksichtigen. Es wurde jedoch nur allgemein behauptet und in keiner Weise konkretisiert. Es kann daher nicht in die Interessensabwägung einfließen. Eine mögliche Gefährdung von Arbeitern, wenn die Arbeiten unter Verkehr durchgeführt werden ist evident. Allerdings gehören Arbeiten unter Verkehr bei Bauarbeiten auf Straßen zu normalen Vorgängen. Die Auftraggeberin hat ein Interesse, den Bauzeitplan einzuhalten, der einen baldigen Baubeginn vorsieht. 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 in Anbetracht der Baudauer in den Jahren 2005 bis 2007 nur geringfügig beeinträchtigt wird. 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. 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. Das öffentliche Interesse an der Erhöhung der Verkehrssicherheit ist zweifellos zu berücksichtigen. Es wurde jedoch nur allgemein behauptet und in keiner Weise konkretisiert. Es kann daher nicht in die Interessensabwägung einfließen. Eine mögliche Gefährdung von Arbeitern, wenn die Arbeiten unter Verkehr durchgeführt werden ist evident. Allerdings gehören Arbeiten unter Verkehr bei Bauarbeiten auf Straßen zu normalen Vorgängen. Die Auftraggeberin hat ein Interesse, den Bauzeitplan einzuhalten, der einen baldigen Baubeginn vorsieht. 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 in Anbetracht der Baudauer in den Jahren 2005 bis 2007 nur geringfügig beeinträchtigt wird. 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.

3.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt IB.4 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkt römisch zwei

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_20050623_17N_62_05_13_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