

TE Bvwg Beschluss 2015/11/24 W139 2117181-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.11.2015

Entscheidungsdatum

24.11.2015

Norm

AWG 2002 §21 Abs1

AWG 2002 §22 Abs1

AWG 2002 §24a

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §4

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §373a Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

ZTG §4 Abs2 lit b

ZTG §43 Abs1 Z3

1. AWG 2002 § 21 heute

2. AWG 2002 § 21 gültig ab 01.01.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 200/2021

3. AWG 2002 § 21 gültig von 11.12.2021 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 200/2021
4. AWG 2002 § 21 gültig von 01.01.2021 bis 10.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2019
5. AWG 2002 § 21 gültig von 01.08.2019 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2019
6. AWG 2002 § 21 gültig von 25.05.2018 bis 31.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
7. AWG 2002 § 21 gültig von 20.06.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2017
8. AWG 2002 § 21 gültig von 21.06.2013 bis 19.06.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2013
9. AWG 2002 § 21 gültig von 16.02.2011 bis 20.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 9/2011
10. AWG 2002 § 21 gültig von 01.05.2009 bis 15.02.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 43/2007
11. AWG 2002 § 21 gültig von 01.05.2008 bis 30.09.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 34/2006
12. AWG 2002 § 21 gültig von 01.10.2007 bis 30.04.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 43/2007
13. AWG 2002 § 21 gültig von 12.07.2007 bis 30.09.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 43/2007
14. AWG 2002 § 21 gültig von 01.01.2007 bis 11.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 34/2006
15. AWG 2002 § 21 gültig von 01.04.2006 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 34/2006
16. AWG 2002 § 21 gültig von 01.01.2005 bis 31.03.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2004
17. AWG 2002 § 21 gültig von 01.01.2005 bis 01.11.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2004
18. AWG 2002 § 21 gültig von 02.11.2002 bis 31.12.2004
19. AWG 2002 § 21 gültig von 02.11.2002 bis 01.11.2002

1. AWG 2002 § 22 heute
2. AWG 2002 § 22 gültig ab 11.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 200/2021
3. AWG 2002 § 22 gültig von 01.07.2020 bis 10.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
4. AWG 2002 § 22 gültig von 01.08.2019 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2019
5. AWG 2002 § 22 gültig von 25.05.2018 bis 31.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
6. AWG 2002 § 22 gültig von 21.06.2013 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 103/2013
7. AWG 2002 § 22 gültig von 16.02.2011 bis 20.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 9/2011
8. AWG 2002 § 22 gültig von 12.07.2007 bis 15.02.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 43/2007
9. AWG 2002 § 22 gültig von 01.04.2006 bis 11.07.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 34/2006
10. AWG 2002 § 22 gültig von 01.01.2005 bis 31.03.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2004
11. AWG 2002 § 22 gültig von 02.11.2002 bis 31.12.2004

1. AWG 2002 § 24a heute
2. AWG 2002 § 24a gültig ab 18.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2024
3. AWG 2002 § 24a gültig von 11.12.2021 bis 17.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 200/2021
4. AWG 2002 § 24a gültig von 01.08.2019 bis 10.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2019
5. AWG 2002 § 24a gültig von 20.06.2017 bis 31.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2017
6. AWG 2002 § 24a gültig von 01.01.2014 bis 19.06.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 97/2013
7. AWG 2002 § 24a gültig von 16.02.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 9/2011

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

- [illegible]

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. GewO 1994 § 373a heute
 2. GewO 1994 § 373a gültig ab 25.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
 3. GewO 1994 § 373a gültig von 17.10.2017 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 4. GewO 1994 § 373a gültig von 18.01.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 5. GewO 1994 § 373a gültig von 14.09.2012 bis 17.01.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 373a gültig von 19.08.2010 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 7. GewO 1994 § 373a gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 8. GewO 1994 § 373a gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 9. GewO 1994 § 373a gültig von 19.03.1994 bis 31.07.2002
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
 2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. ZTG § 4 gültig von 01.01.2007 bis 30.06.2019 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 29/2019
 2. ZTG § 4 gültig von 19.11.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2005
 3. ZTG § 4 gültig von 01.06.1994 bis 18.11.2005

Spruch

W139 2117181-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "A5 Nord/Weinviertel Autobahn, Schrick - Poysbrunn/OV - Baulos 05" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge auch

ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 16.11.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina Hofer über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4/1, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "A5 Nord/Weinviertel Autobahn, Schrick - Poysbrunn/OV - Baulos 05" der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (in der Folge auch ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 16.11.2015 beschlossen:

A) Der Auftraggeberin wird gemäß §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 A) Der Auftraggeberin wird gemäß Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4

B VergG für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im Vergabeverfahren "A5 Nord/Weinviertel Autobahn, Schrick - Poysbrunn/OV - Baulos 05" zu erteilen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig B) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang: römisch eins. Vorbringen der Parteien/Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 16.11.2015 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Verbindung mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 06.11.2015, auf Akteneinsicht, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes aus:

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr am 06.11.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die Bietergemeinschaft XXXX auf deren Alternativangebot 28 zu einem Gesamtpreis von EUR 48.364.094,02 (excl. USt) erteilen zu wollen. Rechtskonform müsse die Auftraggeberin den Zuschlag zu Gunsten der Antragstellerin erteilen. Durch das rechtswidrige Vorgehen der Auftraggeberin drohe ein Schaden aus entgangenem Gewinn, aus Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren und aus Kosten für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sie bezeichnete auch die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachtet. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die ihr am 06.11.2015 bekannt gegebene Entscheidung, den Zuschlag im streitgegenständlichen Vergabeverfahren an die Bietergemeinschaft römisch 40 auf deren Alternativangebot 28 zu einem Gesamtpreis von EUR 48.364.094,02 (excl. USt) erteilen zu wollen. Rechtskonform müsse die Auftraggeberin den Zuschlag zu Gunsten der Antragstellerin erteilen. Durch das rechtswidrige Vorgehen der Auftraggeberin drohe ein Schaden aus entgangenem Gewinn, aus Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren und aus Kosten für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Sie bezeichnete auch die Rechte, in denen sie sich als verletzt erachtet.

Die Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Ausschreibungsgegenstand seien Bauleistungen. Die dafür notwendige Gewerbeberechtigung Baumeister sei ein anzeigepflichtiges Gewerbe nach § 373a Abs 5 Z 2 GewO. Ausländische Unternehmen aus dem EU-Raum müssten bei vorübergehender grenzüberschreitender Erbringung von Bauleistungen eine Dienstleistungsanzeige erstatten, wobei diese Dienstleistungsanzeige eine Gültigkeitsdauer von einem Jahr habe und jährlich zu erneuern sei (§ 373a Abs 4 GewO). Die XXXX sei ein XXXX Unternehmen und habe tatsächlich noch vor Ende der Angebotsfrist am 13.11.2014 eine Anzeige erstattet. Die einjährige Gültigkeit dieser Anzeige sei allerdings am 12.11.2015 abgelaufen. Eine Erneuerung dieser Anzeige innerhalb der einjährigen Frist sei laut Dienstleistungsregister nicht erfolgt. Somit sei die XXXX ab 13.11.2015 nicht mehr befugt, die angebotenen Leistungen zu erbringen. Die Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Ausschreibungsgegenstand seien Bauleistungen. Die dafür notwendige Gewerbeberechtigung Baumeister sei ein anzeigepflichtiges Gewerbe nach Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO. Ausländische Unternehmen aus dem EU-Raum müssten bei vorübergehender grenzüberschreitender Erbringung von Bauleistungen eine Dienstleistungsanzeige erstatten, wobei diese Dienstleistungsanzeige eine Gültigkeitsdauer von einem Jahr habe und jährlich zu erneuern sei (Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO). Die römisch 40 sei ein römisch 40 Unternehmen und habe tatsächlich noch vor Ende der Angebotsfrist am 13.11.2014 eine Anzeige erstattet. Die einjährige Gültigkeit dieser

Anzeige sei allerdings am 12.11.2015 abgelaufen. Eine Erneuerung dieser Anzeige innerhalb der einjährigen Frist sei laut Dienstleistungsregister nicht erfolgt. Somit sei die XXXXab 13.11.2015 nicht mehr befugt, die angebotenen Leistungen zu erbringen.

Weiters mangle es der präsuntiven Zuschlagsempfängerin an der abfallrechtlichen Befugnis zur Sammlung und Behandlung von Abfällen nach § 24a AWG. Demnach sei hierfür eine Erlaubnis des Landeshauptmanns erforderlich, wobei der diesbezügliche Antrag über ein nach § 22 Abs 1 AWG eingerichtetes Register erfolgen könne. In diesem Zusammenhang normiere § 21 Abs 1 AWG darüber hinaus, dass sich Abfallsammler und -behandler "vor Aufnahme der Tätigkeit elektronisch über die Internetseite edm.gv.at beim BundesministerWeiters mangle es der präsuntiven Zuschlagsempfängerin an der abfallrechtlichen Befugnis zur Sammlung und Behandlung von Abfällen nach Paragraph 24 a, AWG. Demnach sei hierfür eine Erlaubnis des Landeshauptmanns erforderlich, wobei der diesbezügliche Antrag über ein nach Paragraph 22, Absatz eins, AWG eingerichtetes Register erfolgen könne. In diesem Zusammenhang normiere Paragraph 21, Absatz eins, AWG darüber hinaus, dass sich Abfallsammler und -behandler "vor Aufnahme der Tätigkeit elektronisch über die Internetseite edm.gv.at beim Bundesminister

für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft ... im

Register gemäß § 22 Abs. 1 Z 1 zu registrieren" hätten. Die Mitglieder der präsuntiven Zuschlagsempfängerin seien in dem auf der Internetseite edm.gv.at abrufbaren Register nicht registriert. Es sei davon auszugehen, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch keine Subunternehmerin benannt habe, sodass sie auch insofern mangels Befugnis auszuscheiden wäre.Register gemäß Paragraph 22, Absatz eins, Ziffer eins, zu registrieren" hätten. Die Mitglieder der präsuntiven Zuschlagsempfängerin seien in dem auf der Internetseite edm.gv.at abrufbaren Register nicht registriert. Es sei davon auszugehen, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch keine Subunternehmerin benannt habe, sodass sie auch insofern mangels Befugnis auszuscheiden wäre.

Weiters müsse ein Bieter, sofern er nicht selbst über die Befugnis eines Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen verfüge, angesichts der bestandfesten Festlegung der Ausschreibung in Pos 05 01 41 21 00 C des LV für das Abstecken von Grundgrenzen und das neu Setzen von Grenzsteinen zwingend einen Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen ("Zivilgeometer") als Subunternehmer namhaft machen. Auch nach den Bestimmungen des § 4 Abs 2 lit b ZTG und des § 43 Abs 1 Z 3 VermG könnten die geforderten Vermessungsleistungen keinesfalls bloß auf eine gewerberechtliche Befugnis und sohin auch nicht auf gewerberechtliche Nebenrechte gestützt werden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin keinen entsprechenden Subunternehmer benannt habe.Weiters müsse ein Bieter, sofern er nicht selbst über die Befugnis eines Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen verfüge, angesichts der bestandfesten Festlegung der Ausschreibung in Pos 05 01 41 21 00 C des LV für das Abstecken von Grundgrenzen und das neu Setzen von Grenzsteinen zwingend einen Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen ("Zivilgeometer") als Subunternehmer namhaft machen. Auch nach den Bestimmungen des Paragraph 4, Absatz 2, Litera b, ZTG und des Paragraph 43, Absatz eins, Ziffer 3, VermG könnten die geforderten Vermessungsleistungen keinesfalls bloß auf eine gewerberechtliche Befugnis und sohin auch nicht auf gewerberechtliche Nebenrechte gestützt werden. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin keinen entsprechenden Subunternehmer benannt habe.

Da die XXXX entgegen den bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung über kein KSV-Rating < 400 verfüge, wäre das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin auch mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auszuscheiden.Da die römisch 40 entgegen den bestandfesten Festlegungen der Ausschreibung über kein KSV-Rating < 400 verfüge, wäre das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin auch mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auszuscheiden.

Dem Angebotsöffnungsprotokoll sei zu entnehmen, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Alternativangebot Änderungen hinsichtlich des Asphalts, des Schüttmaterials, der Gründung und des Tragwerks vorsehe. Einem Alternativangebot - unabhängig von seiner nominellen Zulassung - dürfe aber der Zuschlag nicht erteilt werden, wenn in der Ausschreibung keine Mindestanforderungen festgelegt seien. Dies sei vorliegend der Fall. In Punkt 1.1.26.5 (Teil B1) würden bloß zahlreiche Grundlagen aufgelistet, anhand derer die Gleichwertigkeitsprüfung erfolgen soll, und Regelungen über die vom Bieter für Alternativangebote beizubringenden Nachweisen getroffen. In Pos 01 00 B1 08 A (Teil B5) würden sich im Wesentlichen bloß Festlegungen darüber finden, welche Alternativen nicht

zulässig seien. Ansonsten finde sich bloß die Festlegung, dass sämtliche Vorgaben aus den im AG-Entwurf enthaltenen Normen und Richtlinien einzuhalten seien, wodurch im Ergebnis bloß eine Rückverweisung auf die auch für Hauptangebote geltenden Anforderungen erfolge.

Darüber hinaus definiere die Ausschreibung für Alternativangebote eine Vielzahl von formalen Anforderungen und abzugebende Unterlagen. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht alle in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen hinsichtlich des Alternativangebotes 28 eingehalten und insbesondere nicht alle dafür erforderlichen Unterlagen und Nachweise vorgelegt habe, sodass das Alternativangebot auch aus diesem Grund auszuschneiden wäre.

Die Antragstellerin halte es auch für ausgeschlossen, dass das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit mehreren Änderungen hinsichtlich wesentlicher Leistungsteile gegenüber den ausgeschriebenen Leistungen als "gleichwertig" zu beurteilen sei, zumal für eine derartige Beurteilung erforderliche Mindestanforderungen fehlen würden. Im Einzelnen führte die Antragstellerin aus: Zur Alternative Schüttmaterial: Der bei der Alternative 28 gegenüber dem Hauptangebot deutlich günstigere Angebotspreis könne sich dadurch erklären, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein anderes Bindemittel vorsehe. Damit wäre die Alternative schon allein deshalb nicht gleichwertig, weil dafür keine UVP-rechtliche Genehmigung vorliege und auch nicht zu erwarten bzw nachgewiesen sei, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin allenfalls alternativ vorgesehene Bindemittel behördlich genehmigt werden könne. Der im Alternativangebot deutlich geringere Preis gegenüber dem Hauptangebot könne auch dadurch erklärbar sein, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Anteil des zugelieferten Schüttmaterials von 36.300 m³ reduziere oder überhaupt keine Zulieferung vorsehe, sondern - trotz unzureichender Qualität - das bestehende Material mit Zement/Kalk behandeln und einsetzen wolle. Dies sei schon allein deshalb nicht gleichwertig, da es technisch unmöglich sei, das bestehende Material im Ausmaß von

36.300 m³ derart aufzubereiten, dass es die definierte Qualität erreiche oder damit vergleichbar wäre. Weiters könne ein Alternativangebot, das darin bestehe, bestimmte ausgeschriebene minderwertige (und dementsprechend billigere) Leistungen in höherem Ausmaß zu erbringen und gleichzeitig höherwertige (und dementsprechend teurere) Leistungen in geringerem Ausmaß zu erbringen, um so den zu bewertenden Gesamtpreis zu reduzieren, keinesfalls als "gleichwertig" qualifiziert werden. Zur Alternative Gründung: Nach der Ausschreibung sei vorgesehen, dass die Gründung mittels Bohrpfählen zu erfolgen habe. Es werde vermutet, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Einsatz von weitaus günstigeren Rammpfählen vorsehe, welche aber in technischer Hinsicht nicht als gleichwertig anzusehen seien. Hinzukomme, dass das eingereichte und dem wasserrechtlichen Bescheid zu Grunde liegende Projekt die Ausführung von Bohrpfählen für die Gründung vorsehe. Demensprechend bestehe die laut Pos 01 01 00 B1 08 A auch für Alternativen einzuhaltende Vorgabe dieses Bescheides darin, dass die Gründung (zumindest der Brücken) mittels Bohrpfählen auszuführen sei. Ein dieser Festlegung widersprechendes Alternativangebot sei jedenfalls auszuschneiden.

Schließlich sei die Zuschlagsentscheidung auch deshalb rechtswidrig, da diese unzureichend begründet sei. Die verbale Begründung sei nicht nachvollziehbar bzw fehle diese überhaupt. Als Zuschlagskriterien seien die Kriterien Preis, Verlängerung Gewährleistung, Erhöhung der Qualitätssicherung und Erhöhung der Arbeitssicherheit vorgesehen. Die beiden Kriterien Erhöhung der Qualitätssicherung und Erhöhung der Arbeitssicherheit seien zwar nur mit jeweils 1% gewichtet. Da die Differenz zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin aber laut Zuschlagsentscheidung nur 0,34 Punkte betrage, komme diesen beiden Kriterien überragende Bedeutung zu. Für beide Kriterien sei eine kommissionelle Bewertung der jeweils fünf vorgeschlagenen Maßnahmen vorgesehen. Pro Maßnahme seien maximal 20 Punkte erreichbar. Die verbale Begründung erschöpfe sich im Wesentlichen in einer Wiedergabe der Texte aus dem Punktebewertungsschema ohne irgendeine darüber hinausgehende Angabe zu machen, warum etwa die Kommission eine "geringfügige Erhöhung" bzw "merkliche Verbesserung" der Qualitätssicherung bzw Arbeitssicherheit annehme. Auch sei in keiner Weise nachvollziehbar ist, wie sich die angegebenen Punkte auf die jeweils maximal fünf Maßnahmen verteilen würden. Weiters sei die gegebene "verbale Beurteilung" nicht mit den dafür vorgesehenen Punkten in Einklang zu bringen. Es werde außerdem entgegen dem Wortlaut des Bewertungsschemas nicht auf die merkliche Verbesserung der Qualitätssicherung sondern jene der Arbeitssicherheit abgestellt.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sei erforderlich, da die Auftraggeberin durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die die Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigen könnte. Die Interessenabwägung habe zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

Am 19.11.2015 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde kein Vorbringen erstattet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen und der Bezug nehmenden Beilagen wird vorerst im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die ASFINAG schrieb im Juni 2015 in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip die gegenständliche Leistung "A5 Nord/Weinviertel Autobahn, Schrick - Poysbrunn/OV - Baulos 05" aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 50.950.000,--. Die Angebotsöffnung erfolgte am 26.08.2015. Am Vergabeverfahren beteiligten sich unter anderen die Antragstellerin und die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin durch die Abgabe von Angeboten bzw. Alternativangeboten. Die auf das Alternativangebot 28 der Bietergemeinschaft XXXX lautende Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 06.11.2015 über die Plattform AVA-Online bekannt gegeben. Die ASFINAG schrieb im Juni 2015 in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip die gegenständliche Leistung "A5 Nord/Weinviertel Autobahn, Schrick - Poysbrunn/OV - Baulos 05" aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 50.950.000,--. Die Angebotsöffnung erfolgte am 26.08.2015. Am Vergabeverfahren beteiligten sich unter anderen die Antragstellerin und die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin durch die Abgabe von Angeboten bzw. Alternativangeboten. Die auf das Alternativangebot 28 der Bietergemeinschaft römisch 40 lautende Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 06.11.2015 über die Plattform AVA-Online bekannt gegeben.

Am 16.11.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag elektronisch via Web-ERV beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Die Antragstellerin entrichtete für ihre Anträge Pauschalgebühren von insgesamt EUR 9.234,--.

Im Vergabeverfahren wurde ein Zuschlag bislang nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde auch nicht widerrufen.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (stRspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ASFINAG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (stRspr, zB BVwG 23.09.2014, W187 2009108-1/19E; BVA 14.08.2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß Paragraph 4, BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz 3, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber

hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs 1 leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung am 06.11.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist vorerst nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der angefochtenen Entscheidung am 06.11.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs 1 Z 1 und BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Zuschlagsentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde in entsprechender Höhe entrichtet (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und BVergG in Verbindung mit Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des

Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 4 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 mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 4, 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 mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 06.11.2015 bekannt gegebenen Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der Bietergemeinschaft XXXX erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der ihr am 06.11.2015 bekannt gegebenen Entscheidung, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der Bietergemeinschaft römisch 40 erteilen zu wollen. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung an die Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen, droht der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren in einem

Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung an die Antragstellerin im Rahmen eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf den Gewinnentgang, frustrierten Aufwand der Verfahrensteilnahme sowie auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes verweist. Am Vorliegen dieser finanziellen Einbußen besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Die entsprechende Behauptung ist plausibel. Ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (siehe VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128; VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127). Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach stRsp um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVA 21.02.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva).

Dagegen hat die Auftraggeberin ihrerseits keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen benannt. Im Übrigen sind dem Bundesverwaltungsgericht auch keine möglicherweise geschädigten Interessen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw sonstiger Bieter sowie sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Abgesehen davon hat ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (ua BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/10E; bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-10; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva.).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs Bedacht zu nehmen, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb. bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm).

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 3 BVergG auszusprechen war. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die im Spruch ersichtliche Sicherungsmaßnahme als gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG auszusprechen war.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit hRSp gemäß § 329 Abs 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeit hRSp gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 23.10.2014, W114 2013254-1/6E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses

auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138;

30.06.2004, 2004/04/0028; 01.02.2005, 2005/04/0004; 29.06.2005, 2005/04/0024; 24.02.2006, 2004/04/0127; 01.03.2007, 2005/04/0239;

27.06.2007, 2005/04/0254; 29.02.2008, 2008/04/0019; 14.01.2009, 2008/04/0143; 14.04.2011, 2008/04/0065; 22.06.2011, 2009/04/0128;

29.09.2011, 2011/04/0153; 10.12.2007, AW 2007/04/0054) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Alternativangebot, Anzeigepflicht, Bauauftrag, Befugnis beurteilt am Auftragsgegenstand, Begründungsmangel, Begründungspflicht, Bewertung, Dauer der Maßnahme, Dienstleistungen, einstweilige Verfügung, gelindeste Maßnahme, gesondert anfechtbare Entscheidung, Gewerbeberechtigung, Gleichwertigkeit, Interessenabwägung, kommissionelle Prüfung, Mindestanforderung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nachvollziehbarkeit, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, Referenzprojekt, Schaden, Subunternehmer, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Vermögensnachteil, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2117181.1.00

Zuletzt aktualisiert am

11.12.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at