

TE Verg Bescheid 2012/7/6 N/0068-BVA/09/2012-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.07.2012

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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

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

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Straßen-, Rück-Landschaftsbaumaßnahmen O2 und L2" des Auftraggebers ÖBB- Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Juli 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG

betreffend das Vergabeverfahren "Straßen-, Rück- Landschaftsbaumaßnahmen O2 und L2" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Juli 2012, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "Das BVA möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin untersagt wird, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag "Das BVA möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Auftraggeberin untersagt wird, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber ÖBB Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Straßen-, Rück-Landschaftsbaumaßnahmen O2 und L2" den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 3 und 4 BVergG

Begründung

Die Bietergemeinschaft A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 2. Juli 2012 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Akteneinsicht sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Mit Schriftsatz vom 2. Juli 2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber gemäß Pos. 00A111 des Ausschreibungs- LV einen Bauauftrag in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip über folgende Leistungen ausgeschrieben habe:

Die gegenständliche Vergabe umfasst folgende Leistungen: Sämtliche Straßenbau-, Rückbau- und Landschaftsbaumaßnahmen sowie sämtliche weitere Leistungen, die im Zusammenhang mit dem Abschluss des Projektes "Eisenbahnachse Brenner, München - Verona, Teilprojekt Zulaufstrecke Nord" stehen.

Gemäß Position 00A311 des LV sei Folgendes festgelegt:

Berufliche Befugnis

Der Bewerber bzw. Bieter muss über die zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen notwendigen gesetzlichen Befugnisse verfügen.

In Position 00A334 des LV sei folgende Mindestanforderung für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit festgelegt:

Der Bewerber bzw. Bieter muss für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einen spartenspezifischen Umsatz von durchschnittlich zumindest 50 Mio. Euro je Geschäftsjahr haben. Herangezogen werden die letzten drei Geschäftsjahre oder ein kürzerer Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht. Der Nachweis hat durch eine Erklärung des Unternehmers über den spartenspezifischen Umsatz (aufgeschlüsselt nach Umsatz je Geschäftsjahr) der letzten drei Jahre zu erfolgen.

In Position 00A351Z des LV sei folgende Mindestanforderung für die technische Leistungsfähigkeit festgelegt:

Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten in den letzten fünf Jahren bereits durchgeführt haben.

Es sind

- -Strichaufzählung
ein Projekt aus dem Straßenbau für den Autobahnbau mit einer fachspezifischen Abrechnungssumme von mindestens 2 Mio. Euro exkl. Ust.
- -Strichaufzählung
ein Rückbauprojekt aus dem Tiefbau
- -Strichaufzählung

ein Projekt aus dem Flussbau

- -Strichaufzählung

ein Projekt aus dem Landschaftsbau mit einer fachspezifischen Abrechnungssumme von mindestens 0,3 Mio. Euro exkl. Ust

Ein Projekt kann auch mehrere Fachgebiete abdecken.

Als Nachweis sind vorzulegen:

Eine Liste der in den letzten fünf Jahren (Stichtag Ende Angebotsfrist) erbrachten vergleichbaren Bauleistungen mit Angaben des Ortes, der Zeit (Monat/Jahr) und des Wertes der Leistungserfüllung sowie der AG einschließlich der Kontaktperson der AG; sofern davon Leistungen in Arbeitsgemeinschaften erbracht wurden, ist der Anteil des Unternehmers an der Leistungserbringung anzugeben. Aufträge, welche nur zum Teil in den Zeitraum der letzten fünf Jahre fallen, werden nur anteilmäßig über die Zeit gewertet. Referenzen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften werden dann gewertet, wenn eine maßgebliche Beteiligung von mindestens 25% oder die Wahrnehmung einer technischen Geschäftsführung oder die Stellung des Bauleiters nachgewiesen wird.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ordnungsgemäßes Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung habe folgendes Ergebnis erbracht:

Präsumtive Zuschlagsempfängerin: Euro 9.911.776,18

Antragstellerin: Euro 15.150.396,16

E***: Euro 15.338.665,83

Am 21. Juni 2012 sei der Antragstellerin per E-mail die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B***C***D***, bekannt gegeben worden.

Beim gegenständlichen Auftraggeber handle es sich um einen Sektorenauftraggeber iSd 3. Teils des BVergG (Verkehrsleistungen gemäß § 169 BVergG). Bekämpft werde die Zuschlagsentscheidung vom 21. Juni 2012. Beim gegenständlichen Auftraggeber handle es sich um einen Sektorenauftraggeber iSd 3. Teils des BVergG (Verkehrsleistungen gemäß Paragraph 169, BVergG). Bekämpft werde die Zuschlagsentscheidung vom 21. Juni 2012.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Auftragserhalt. Bei Nichterhalt des Auftrages drohe ihr ein Schaden. Der Antragstellerin seien bisher bereits Kosten in beträchtlicher Höhe entstanden. Diese würden aus den Kosten für die Rechtsverfolgung und die sonstigen mit der Verfahrensteilnahme verbundenen Kosten resultieren. Bestandteil des Schadens sei auch die Pauschalgebühr. Darüber hinaus würde der Antragstellerin die Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinnes entgehen. Zudem würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise müsste die Antragstellerin den Zuschlag erhalten. Die Antragstellerin werden in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, vertiefte Angebotsprüfung vor Zuschlagsentscheidung, Ausscheiden von Angeboten und gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung und in diesem Sinne auch auf Gleichbehandlung der Bieter, verletzt.

Vergabeverstöße / Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot sei nicht zuschlagsfähig. Es sei aus folgenden Gründen auszuschneiden:

1. 1.Ziffer eins

Mangelnde finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Gemäß Position 00A334 des LV sei ein spartenspezifischer Umsatz von Euro 50 Mio. je Geschäftsjahr über die letzten drei Geschäftsjahre als Mindestvorgabe festgelegt. Als Sparten würden innerhalb der Bauwirtschaft verschiedene Teilbereiche bezeichnet, die als Unterscheidungsmerkmale voneinander einerseits nach bestimmten Funktionen getrennt werden könnten, andererseits auch in technischer Hinsicht bestimmte Eigenheiten aufweisen würden.

Laut den vorliegenden KSV- Auskünften hätten die B*** (idF B***) und die D*** (idF D***) einen Anteil von 20% in der Sparte sonstiger Hochbau erwirtschaftet (den Rest in den hier einschlägigen Sparten sonstiger Tiefbau und Bau von

Straßen), die C*** (idF C***) einen Anteil von 30% in der Sparte Herstellung von Stahlrohren, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücken Stahl und 40% in der Sparte sonstiger Hochbau. Lediglich der Anteil von 30% für Herstellung von Metallkonstruktionen am Umsatz der C*** könne beim hier ausgeschriebenen Leistungsumfang zumindest teilweise als einschlägige Sparte bezeichnet werden. Die sonstigen von der C*** vertretenen Sparten, insbesondere der sonstige Hochbau, seien im gegenständlichen Leistungsumfang überhaupt nicht - oder im Fall von Hochbauleistungen - derartig geringfügig und unspezifisch vertreten, dass sie im Sinne der Ausschreibungsvorgabe "spartenspezifischer Umsatz" nicht berücksichtigt werden könnten. Laut den vorliegenden KSV- Auskünften hätten die B*** in der Fassung B*** und die D*** in der Fassung D*** einen Anteil von 20% in der Sparte sonstiger Hochbau erwirtschaftet (den Rest in den hier einschlägigen Sparten sonstiger Tiefbau und Bau von Straßen), die C*** in der Fassung C*** einen Anteil von 30% in der Sparte Herstellung von Stahlrohren, Rohrform-, Rohrverschluss- und Rohrverbindungsstücken Stahl und 40% in der Sparte sonstiger Hochbau. Lediglich der Anteil von 30% für Herstellung von Metallkonstruktionen am Umsatz der C*** könne beim hier ausgeschriebenen Leistungsumfang zumindest teilweise als einschlägige Sparte bezeichnet werden. Die sonstigen von der C*** vertretenen Sparten, insbesondere der sonstige Hochbau, seien im gegenständlichen Leistungsumfang überhaupt nicht - oder im Fall von Hochbauleistungen - derartig geringfügig und unspezifisch vertreten, dass sie im Sinne der Ausschreibungsvorgabe "spartenspezifischer Umsatz" nicht berücksichtigt werden könnten.

Zwar seien Leistungen wie das Nacharbeiten von Sichtbetonflächen ausschreibungsgegenständlich und könnten solche Leistungen auch im Hochbau vorkommen; ebenso wie etwa Erdbauleistungen, die hier und in sämtlichen Bausparten durchgehend einen gewissen Teil des Auftrags ausmachen würden. Es könne aber im Sinne einer Auslegung nach dem objektiven Erklärungswert beim spartenspezifischen Umsatz nur auf Leistungen ankommen, die für die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen gerade typisch seien und nicht auch auf solche Bauleistungen, die in jeder Sparte vorkommen würden. Ansonsten hätte diese Vorgabe hinsichtlich der Sparte keinen Sinngehalt mehr.

Daher dürften hinsichtlich B*** und D*** nur 80% der jeweiligen Umsätze gewertet werden, hinsichtlich C*** nur 30%. Unter Zusammenrechnung der jeweiligen Jahresumsätze gemäß § 233 BVergG, soweit diese spartenspezifisch gewertet werden könnten, würden sich folgende Gesamtbeträge für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ergeben: Daher dürften hinsichtlich B*** und D*** nur 80% der jeweiligen Umsätze gewertet werden, hinsichtlich C*** nur 30%. Unter Zusammenrechnung der jeweiligen Jahresumsätze gemäß Paragraph 233, BVergG, soweit diese spartenspezifisch gewertet werden könnten, würden sich folgende Gesamtbeträge für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ergeben:

2010/2011: 43,839 Mio.

2009/2010: 47,8859 Mio.

2008/2009: 41,64 Mio.

In jedem dieser Jahre werde also die Vorgabe von Euro 50 Mio. deutlich unterschritten. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher mangels finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden. In jedem dieser Jahre werde also die Vorgabe von Euro 50 Mio. deutlich unterschritten. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher mangels finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuscheiden.

1. 2. Ziffer 2

Mangelnde technische Leistungsfähigkeit:

In Position 00A351Z des LV werde eine Mindestvorgabe für die technische Leistungsfähigkeit festgelegt, insbesondere eine Referenz für den Autobahnbau von mindestens Euro 2 Mio. exkl. Ust.

Nach Marktkennntnis der Antragstellerin sei in den letzten fünf Jahren kein Projekt aus dem Straßenbau für den Autobahnbau von mindestens Euro 2 Mio. vorhanden. Der Antragstellerin seien nur zwei größere Projekte im Auftrag der ASFINAG bekannt, die tatsächlich von der B*** - zumindest zum Teil im Rahmen einer ARGE - ausgeführt worden seien. Hierbei handle es sich um die A4 Ostautobahn (XXXX) sowie der der A8 bei XXXX bzw. der A1 bei XXXX und XXXX. Nach Marktkennntnis der Antragstellerin sei in den letzten fünf Jahren kein Projekt aus dem Straßenbau für den Autobahnbau von mindestens Euro 2 Mio. vorhanden. Der Antragstellerin seien nur zwei größere Projekte im Auftrag

der ASFINAG bekannt, die tatsächlich von der B*** - zumindest zum Teil im Rahmen einer ARGE - ausgeführt worden seien. Hierbei handle es sich um die A4 Ostautobahn (römisch 40) sowie der der A8 bei römisch 40 bzw. der A1 bei römisch 40 und römisch 40 .

Nach den Ausschreibungsbestimmungen gehe es jedoch ausdrücklich um vergleichbare Bauleistungen, was auch richtig und nachvollziehbar sei, da die Referenzen im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit nachweisen sollten, dass ein Bieter ein vergleichbares Projekt in der Vergangenheit erfolgreich ausgeführt habe. Der Bau von XXXX und XXXX sei aber kein Autobahnbau, jedenfalls nicht in einem technisch vergleichbaren Sinn, und damit auch nicht im Sinne der gegenständlichen Mindestanforderung. Beim gegenständlichen Auftrag komme es ganz wesentlich darauf an, unter Aufrechterhaltung des laufenden Verkehrs auf der Hauptfahrbahn eines hochbelasteten Autobahnabschnittes zu bauen. Diese Anforderungen erfülle der Bau von XXXX oder XXXX nicht. Nach den Ausschreibungsbestimmungen gehe es jedoch ausdrücklich um vergleichbare Bauleistungen, was auch richtig und nachvollziehbar sei, da die Referenzen im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit nachweisen sollten, dass ein Bieter ein vergleichbares Projekt in der Vergangenheit erfolgreich ausgeführt habe. Der Bau von römisch 40 und römisch 40 sei aber kein Autobahnbau, jedenfalls nicht in einem technisch vergleichbaren Sinn, und damit auch nicht im Sinne der gegenständlichen Mindestanforderung. Beim gegenständlichen Auftrag komme es ganz wesentlich darauf an, unter Aufrechterhaltung des laufenden Verkehrs auf der Hauptfahrbahn eines hochbelasteten Autobahnabschnittes zu bauen. Diese Anforderungen erfülle der Bau von römisch 40 oder römisch 40 nicht.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bzw. deren Mitglieder würden über keine ausreichenden Referenzprojekte für den Autobahnbau in den letzten fünf Jahren verfügen. Ihr mangle es somit an der technischen Leistungsfähigkeit. Das Angebot wäre gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bzw. deren Mitglieder würden über keine ausreichenden Referenzprojekte für den Autobahnbau in den letzten fünf Jahren verfügen. Ihr mangle es somit an der technischen Leistungsfähigkeit. Das Angebot wäre gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden.

Auch dass die Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den letzten fünf Jahren selbst ein von der Ausschreibung gefordertes Projekt aus dem Landschaftsbau mit mindestens Euro 0,3 Mio. exkl. Ust. ausgeführt hätten, werde stark bezweifelt. Die technische Leistungsfähigkeit liege wohl auch in dieser Hinsicht nicht vor.

1. 3. Ziffer 3

Unplausibler Preis:

Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege eklatant unter dem Preis aller sonstigen Mitbewerber. Er sei, wenn man vom Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgehe, um mehr als 50% niedriger. Ein solch geringer Preis wäre nur dann erklärbar, wenn man in der mengenmäßig alles überragenden Leistungskategorie "Entsorgung von Erdbaumaterialien" die mit rd. 250.000m³ anfallen würde, einen wesentlich besseren Preis als die anderen Mitbewerber finden würde. Dies mag bei anderen Bauvorhaben in anderen Regionen plausibel und möglich sein, nicht jedoch im gegenständlichen Fall:

Dieses Material (insbesondere Schotter) sei in den letzten Jahren im Bereich des Unterinntals aufgrund der massiven Baumaßnahmen (nicht zuletzt auch der ÖBB) in extrem hohen Mengen angefallen, sodass es dafür kaum Bedarf gebe, die Deponien sehr stark ausgelastet seien und daher kein annähernd guter Preis erzielbar sei. Eine Verfuhr des Materials über größere Strecken in Gegenden, in denen mehr dafür bezahlt werde, scheitere daran, dass die Kosten der Verfuhr solchen Erdbau- Standardmaterials über dem erzielbaren Preis liegen würden.

Daher sei es betriebswirtschaftlich völlig unplausibel und tatsächlich unmöglich, wesentlich höhere Erlöse als von der Antragstellerin und offenbar auch von den anderen Mitbewerbern kalkuliert, anzusetzen.

Der Auftraggeber hätte aufgrund der hohen Preisdifferenz das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 268 BVergG vertieft prüfen müssen. Diese Prüfung hätte ergeben (müssen), dass das Angebot wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden sei. Der Auftraggeber hätte aufgrund der hohen Preisdifferenz das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 268, BVergG vertieft prüfen müssen. Diese Prüfung hätte ergeben (müssen), dass das Angebot wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden sei.

Konkret zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass sie das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung erhebe. Das Interesse der Antragstellerin an der Beseitigung der angeführten Vergabeverstöße überwiege bei weitem allfällige nachteilige Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber. Der Antragstellerin drohe bei Nichterhalt des Auftrages ein erheblicher finanzieller und sonstiger Schaden. Demgegenüber seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung des BVA sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich.

Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG im Oberschwellenbereich gemäß § 180 Abs 1 Z 2 BVergG, der in einem offenen Verfahren gemäß § 192 Abs 2 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle. Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2012 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, der in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 2, BVergG nach dem Billigstbieterprinzip zur Vergabe gelangen solle.

Der Auftrag sei am 2.4.2012 im Amtlichen Lieferanzeiger (L-505106-2327) und am 4.4.2012 im Amtsblatt der EG (2012/S 66-108326) bekannt gemacht worden. Die Absendung sei am 30.3.2012 erfolgt.

Die Öffnung der Angebote sei am 15.5.2012 erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an zweiter Stelle gereiht. Deren Angebotssumme belaufe sich auf Euro 15.150.396,16 netto. Die Angebotssumme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belaufe sich auf Euro 9.911.776,18 ohne USt.

Der Auftraggeber habe sämtlichen Bietern am 21.6.2012 die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben.

Eine Widerrufsentscheidung sei nicht ergangen, der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Der Auftraggeber sprach sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Der ausschreibungsgegenständliche Bauauftrag sei ein Teilstück der Zulaufstrecke Nord und somit ein Teil des TEN-1-Eisenbahnkorridors von München nach Verona (Brennerachse). Die Leistungen würden Straßen-, Rück- und Landschaftsbaumaßnahmen umfassen. Der Straßenbau umfasse Neubau und Sanierung sowie Rückbau und Herstellung von Rückhaltesystemen und Lärmschutzwänden. Die Rückbaumaßnahmen würden Tunnel, Brücken, Unterführungen, Rampen, Dämme und befestigte Flächen umfassen. Der Landschaftsbau enthalte die Rekultivierung von landwirtschaftlichen Flächen sowie die Herstellung von ökologischen Maßnahmen mit Wasserflächen und Bepflanzungsflächen. Es handle sich um das letzte große Bauteil des Gesamtprojektes "Unterinntal". Der Auftraggeber sei verpflichtet, die Innbrücke Kramsach sowie die nördliche Brücke über den Habach samt Rückbaumaßnahmen bis spätestens 31.12.2013 fertig zu stellen. Die Fertigstellung sei jedoch nur während einer vollen Niederwasserperiode möglich, welche vom 15. Oktober bis zum 15. April dauere.

Weiters treffe den Auftraggeber gemäß eisenbahnrechtlicher Bewilligung die Verpflichtung, den Rückbau der "Schmalwand Brixlegg Ost" zur Herstellung der natürlichen Grundwasserströmung bis 31.12.2012 durchzuführen.

Mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung seien darüber hinaus für den Auftraggeber erhebliche nachteilige, finanzielle und terminliche Folgen verbunden. Aus einer verlängerten "Inanspruchnahme" diverser Grundstücke würden sich Mehrkosten von mehreren Hunderttausend Euro ergeben. So treffe den Auftraggeber die Verpflichtung, bis spätestens 15.10.2012 die ehemals landwirtschaftlich genutzten Flächen zu rekultivieren. Aufgrund zivilrechtlicher Vereinbarungen mit den Grundeigentümern seien die Flächen bis Ende des Jahres zurückzugeben, andernfalls ein jährlicher zusätzlicher Mietaufwand in beträchtlicher Höhe entstehen würde.

Auch seien die Baumaßnahmen an der A12 Inntalautobahn in enger Abstimmung mit dem Bauprogramm der ASFINAG auf der Brennerachse eingetaktet. Vor diesem Hintergrund sei der Baubeginn gewählt und ausgeschrieben und mit dem Bauablauf abgestimmt worden. Eine zeitliche Verzögerung des gegenständlichen Vergabeverfahrens wirke sich daher auch auf das Bauprogramm der ASFINAG in den nächsten Jahren aus.

Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stünden somit das besondere öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der zeitgerechten Fertigstellung aus verkehrswirtschaftlicher Sicht und die aus einer allfälligen Verzögerung resultierende konkrete Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen entgegen.

Rechtliche Würdigung:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:römisches eins. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese ist Sektorenauftraggeber gemäß § 164 Abs 1 BVergG (vgl. BVA 22.6.2012, N/0053-BVA/08/2012-93 u.a.). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG des gegenständlichen Beschaffungsvorganges ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese ist Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 164, Absatz eins, BVergG vergleiche BVA 22.6.2012, N/0053-BVA/08/2012-93 u.a.).

Es handelt sich um einen Bauauftrag, der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 21.6.2012 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 2.7.2012 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Anwendbare Rechtslage:römisches zwei. Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich am 1.4.2012 in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich am 1.4.2012 in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das mit Absendung der Bekanntmachung am 30.3.2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0068-BVA/09/2012 am 2.7.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag somit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind jedoch auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das mit Absendung der Bekanntmachung am 30.3.2012 - und somit vor dem 1.4.2012 - eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der

Aktenzahl N/0068-BVA/09/2012 am 2.7.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag somit nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind jedoch auf das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) anzuwenden.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:römisch drei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 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 Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 4 leg.cit. 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Nach Paragraph 329, Absatz 4, leg.cit. 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der Bietergemeinschaft bestehend aus B***, C*** sowie D***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in

einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der Bietergemeinschaft bestehend aus B***, C*** sowie D***, zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein Schaden in Form der Kosten der Verfahrensteilnahme, der Kosten der Rechtsverfolgung und der entrichteten Pauschalgebühren drohe. Weiters drohe ein Gewinnentgang und der Entgang eines Deckungsbeitrages. Darüber hinaus würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Der Auftraggeber brachte zusammengefasst vor, dass er - bei Verfahrensverzögerungen, resultierend aus der Erlassung der beantragten

einstweiligen Verfügung - die ihr behördliche aufgetragenen

Fertigstellungsfristen nicht einhalten könne. Erhebliche finanzielle Nachteile für den Auftraggeber würden aus der dann notwendigen verlängerten Inanspruchnahme diverser Grundstücke drohen. Dies aufgrund zivilrechtlicher (Miet-) Vereinbarungen mit den Grundstückseigentümern. Infolge einer engen Abstimmung mit dem Bauprogramm der ASFINAG auf der Brennerachse, würde sich eine zeitliche Verzögerung des ausgeschriebenen Vorhabens auch negativ auf das Bauprogramm der ASFINAG in den nächsten Jahren auswirken. Überdies stünde der Erlassung der einstweiligen Verfügung auch das besondere öffentliche Interesse der Sicherstellung der zeitgerechten Fertigstellung aus verkehrswirtschaftlicher Sicht entgegen. Es läge eine konkrete Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen vor.

Zur Interessensabwägung:

Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten (vgl. VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128). Es ist festzuhalten, dass dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, in einem Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen wird, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Ins Einzelne gehende Darlegungen sind nicht geboten vergleiche VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 ist nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch der Verlust eines Referenzprojekts. Vom Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 sind, ebenso wie vom Schadensbegriff des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, all jene Nachteile umfasst, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegen vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29).

Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht (vgl. auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VwGH genügenden Art und Weise dargetan. Es ist evident, dass einem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden zu entstehen droht bzw entsteht vergleiche auch BVA 3.1.2012, N/0123-BVA/08/2011-EV17; BVA 8.11.2011, N/0110-BVA/09/2011-EV10 uva). Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin

jedenfalls in einer dem Gesetz und der Judikatur des VfGH genügenden Art und Weise dargetan.

Das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ist bereits aus der Tatsache ableitbar, dass sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt, ein Angebot gelegt und in weiterer Folge auch einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat.

Zum Vorbringen des Auftraggebers hinsichtlich einer zeitlichen Verzögerung der behördlich auferlegten Fertigstellungstermine durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung, ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.). Überdies ist anzumerken, dass die zeitgerechte Projektdurchführung und auch die angeblich damit verzahnte Bauplanung der ASFINAG (Anm: Behauptung des Auftraggebers ohne "Nachweis" hierfür) durch eine ca sechswöchige Verfahrensverzögerung nicht notwendigerweise gefährdet erscheinen. Dies va bei einer durchaus möglichen und zumutbaren Forcierung der Arbeiten nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens. Zum Vorbringen des Auftraggebers hinsichtlich einer zeitlichen Verzögerung der behördlich auferlegten Fertigstellungstermine durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung, ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.). Überdies ist anzumerken, dass die zeitgerechte Projektdurchführung und auch die angeblich damit verzahnte Bauplanung der ASFINAG (Anmerkung, Behauptung des Auftraggebers ohne "Nachweis" hierfür) durch eine ca sechswöchige Verfahrensverzögerung nicht notwendigerweise gefährdet erscheinen. Dies va bei einer durchaus möglichen und zumutbaren Forcierung der Arbeiten nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens.

Evident ist, dass es bei einer zeitlichen Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Auftraggeberseite zu einer Kostensteigerung kommt bzw kommen kann (Pönalezahlungen, Mietkosten, Forcierungskosten, etc). Dies kann jedoch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht verhindern, da im gegenteiligen Fall der Rechtsschutz im Provisorialverfahren ausgehöhlt würde.

Auch ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Auch ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, Hospital Ingenieure; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.). Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 7.10.2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Zuletzt aktualisiert am

24.08.2012

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