

TE Verg Bescheid 2010/4/1 N/0025-BVA/11/2010-EV19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.04.2010

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitjj

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §174

BVergG 2006 §192 Abs7

BVergG 2006 §226

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §328 Abs3

BVergG 2006 §328 Abs4

BVergG 2006 §329

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2:

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §345 Abs14 Z1

BVergG 2006 §345 Abs14 Z2

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
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

- [illegible]

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 § 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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idGF (BVergG), durch den zweiten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 11, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "elektrische Nahverkehrsbetriebswagen für die ÖBB Personenverkehr AG" der Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idGF (BVergG), durch den zweiten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 11, Mag. Bernhard Ditz, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "elektrische Nahverkehrsbetriebswagen für die ÖBB Personenverkehr AG" der Auftraggeberin ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag vom 26. März 2010 der A***, vertreten durch X*** auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, „das Bundesvergabeamt wolle nach Verständigung des Antragsgegners über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung

1. 1.Ziffer eins
die Zuschlagsentscheidung vom 6.3.2009 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und
2. 2.Ziffer 2
der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen“,

wird insofern stattgegeben, als im Vergabeverfahren "elektrische Nahverkehrsbetriebswagen für die ÖBB

Personenverkehr AG“ für die Dauer des zu N/0025-BVA/11/2010 beim Bundesvergabeamt geführten Nachprüfungsverfahrens die Entscheidung vom 16. März 2010, mit welchem Bieter in diesem Vergabeverfahren eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ausgesetzt wird und der Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren untersagt wird, eine Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 1, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idGF des BGBl. I Nr. 15/2010 (BVerG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz eins und 2 Ziffer eins, 328 und 329 Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, idGF des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG)

Begründung

Mit Schriftsatz vom 26. März 2010 (eingelangt im Bundesvergabeamt am selben Tag) beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), vertreten durch X***, neben einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "elektrische Nahverkehrsbetriebswagen für die ÖBB Personenverkehr AG" auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben. Dazu wurde von der Antragstellerin in einem weiteren Schriftsatz vom 26. März 2010 richtig gestellt, dass die angefochtene Entscheidung nicht wie im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wiedergegeben, vom 6. März 2009 sondern vom 16. März 2010 stamme.

Begründet wurde das Provisorialbegehren im Wesentlichsten zusammengefasst – sofern für das Provisorialverfahren von Relevanz – damit, dass einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und im Vergabeverfahren "elektrische Nahverkehrsbetriebswagen für die ÖBB Personenverkehr AG" die Stillhaltefrist bereits am 30. März 2010 ende. Die ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien als Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren hätte ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe. Das Angebot der Bieterin, mit der die Auftraggeberin beabsichtige die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abzuschließen, sei im Vergabeverfahren wegen eines nicht behebbaren Mangels auszuscheiden, sodass zugunsten des Angebotes der Antragstellerin als zweitgereichte Bieterin der Zuschlag zu erteilen sei.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen noch würden Interessen der beteiligten Bieter oder der Auftraggeberin überwiegen. Die gemäß § 329 Abs. 1 BVerG anzustellende Interessensabwägung hätte zugunsten der Antragstellerin zu erfolgen. Die beantragten Maßnahmen seien erforderlich und würden das gelindeste Mittel darstellen. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen noch würden Interessen der beteiligten Bieter oder der Auftraggeberin überwiegen. Die gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVerG anzustellende Interessensabwägung hätte zugunsten der Antragstellerin zu erfolgen. Die beantragten Maßnahmen seien erforderlich und würden das gelindeste Mittel darstellen.

Die ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien als Auftraggeberin im Vergabeverfahren, vertreten durch Y***, übermittelte am 30. März 2010 eine Stellungnahme, in welchem angeforderte allgemeine Informationen zum Vergabeverfahren gegeben wurden.

Sie beantragte die Zurück-, in eventu die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin vom 26. März 2010 und führte zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus, dass sie sich ihrer Pflicht zur Einplanung eines möglichen Vergabekontrollverfahrens sehr wohl bewusst sei. Im gegenständlichen Fall liege jedoch eine besondere Situation vor. Sie beabsichtige, selbst als Bieter in einem von der Bayrischen Eisenbahngesellschaft (kurz „BEG“) durchgeführten Vergabeverfahren (in weiterer Folge als „Vergabeverfahren der BEG“ oder „Vergabeverfahren „Werdenfels““ bezeichnet) teilzunehmen und in diesem Verfahren fristgerecht ein Angebot abzugeben. Da sie nach dem System der Auftragsvergabe in Österreich auch bei der Beteiligung als Bieter in einem anderen Vergabeverfahren die (im Vergleich zu anderen Bietern, die nicht öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber wären, erschwerende) Pflicht treffe, für zur Angebotsabgabe benötigte Angebotsbestandteile (im gegenständlichen Fall Elektrotriebwagen) ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, stand und stehe sie unter enormen Zeitdruck, fristgerecht ein Angebot abzugeben.

Sie habe erst Ende September 2009 von der Ausschreibung der BEG erfahren. Die Veröffentlichung im Amtsblatt der EU sei am 16. September 2009 erfolgt. Nach kürzestmöglicher konzerninterner Entscheidungsfindung ob ein Angebot

in diesem besagten Vergabeverfahren abgegeben werden sollte, habe sie bereits am 30. Oktober 2009 (Tag der Absendung an das Amtsblatt der EU) ein förmliches Vergabeverfahren zur Beschaffung von Elektrotriebwagen eingeleitet, um mit diesen Triebwagen ein Angebot im Vergabeverfahren der BEG abgeben zu können. Sie habe daher innerhalb der sehr kurzen Zeit von nur einem Monat sämtliche wirtschaftlichen Erwägungen und Kalkulationen betreffend die Frage durchgeführt, ob ein Angebot abgegeben werden soll oder ob von einer Angebotsabgabe Abstand genommen werden sollte. Gleichzeitig habe sie in dieser Zeit sämtliche konzerninternen Entscheidungsgremien durchlaufen. Dieser ihr zur Verfügung gestandene Zeitraum habe sich sogar noch verkürzt, da sie auch die Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen durch die BEG abwarten musste, um selbst ein Vergabeverfahren einleiten zu können. Ein noch schnelleres Agieren ihrerseits sei daher nicht möglich gewesen.

Da die Angebotsfrist im Vergabeverfahren "Werdenfels" bereits am 9. April 2010 ablaufe [Anmerkung: die Angebotsfrist sei bereits zweimal verlängert worden - einer weiteren Verlängerung der Angebotsfrist stehe die BEG nach ihren eigenen Andeutungen negativ gegenüber], hätte sie in der Kürze der ihr zur Verfügung stehenden Zeit - also innerhalb von nur vier Monaten (gerechnet vom Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der EU bis zum Termin der Angebotsöffnung) - ein förmliches Vergabeverfahren (Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung) durchgeführt. Sie habe - obwohl das Vergabeverfahren aufgrund des enormen Zeitdrucks möglichst schnell hätte durchgeführt werden müssen - dabei höchsten Wert auf Transparenz und Vergaberechtskonformität gelegt, eben um ein Nachprüfungsverfahren und die damit verbundenen Verzögerungen zu vermeiden. Auch hätte sie in den Gesprächen mit den einzelnen Bietern auch immer wieder betont, dass die Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens die Abgabe eines Angebotes im Vergabeverfahren der BEG unmöglich machen würde. Sie sei den einzelnen Bietern aufgrund dieser Drucksituation bei der Erstellung der Unterlagen für die Abgabe des Letztangebotes in großzügiger Weise entgegengekommen und hätte einen Großteil der Bieterwünsche in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen.

Es sei ihr daher im gegenständlichen Fall und unter den vorliegenden besonderen Umständen unmöglich, die Dauer eines allfälligen Vergabekontrollverfahrens einzurechnen. Selbst unter der Annahme, dass sie ein förmliches Vergabeverfahren bereits am Tag der Bekanntmachung des Verfahrens der BEG - nämlich am 16.9.2009 - eingeleitet hätte, ginge sich die Durchführung eines Vergabekontrollverfahrens mit einer üblichen Dauer von 6 bis 8 Wochen schon rein rechnerisch nicht aus; denn es sei faktisch einfach nicht mehr Zeit vorhanden, um ein förmliches Vergabeverfahren durchführen zu können. Wenn nun die Antragstellerin behaupte, "Die Auftraggeberin hätte Verhandlungsrunden sowie Angebotsbewertungen rascher durchführen können.", versuche sie lediglich das Interesse der Auftraggeberin an einer Verfahrensfortsetzung zu untergraben.

Die Auftraggeberin habe ein wesentliches Interesse an der Weiterführung des Vergabeverfahrens und am Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der als Bestbieterin ermittelten B***, welches das Interesse der Antragstellerin aus folgenden Gründen bei weitem überwiege:

Schon allein aus dem Grund, dass sie durch ihre Stellung als Sektorenauftraggeberin bei der Abgabe eines Angebotes als Bieter in einem Vergabeverfahren erheblich beschwert sei und ihre Wettbewerbsstellung gegenüber anderen Bietern, die nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber wären, massiv beeinträchtigt sei, würde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ihre Interessen unbillig hart beeinträchtigen. Werde die einstweilige Verfügung erlassen, so habe die BEG nach Auskunft ihrer deutschen Vergaberechtsbegleitung die Möglichkeit, ihr Angebot auszuschließen bzw. es könnten ihr bei einem Wechsel der Triebwagen nach Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung im schlimmsten Fall sogar Schadenersatzforderungen der BEG drohen; dies deshalb, da ihr Angebot in diesem Fall mit der Unsicherheit behaftet wäre, ob die Leistung tatsächlich mit den vorgesehenen Triebwagen der Herstellerin B*** erbracht werden könnte. Damit einhergehend würde sie einer Gewinnerzielungsmöglichkeit beraubt und in ihrer wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit massiv beeinträchtigt werden. Dadurch könnte auch ihr strategisches Ziel - die Stärkung des Unternehmens ÖBB Personenverkehr AG durch Ausführung zusätzlicher Verkehrsdienste auf nichtösterreichischen Schienennetzen, verbunden mit einer intensiven Nutzung dadurch entstehender Synergien zur Verbesserung des österreichischen Verkehrsangebotes - nicht erreicht werden. Werde die einstweilige Verfügung hingegen nicht erlassen, könnte sie mit den Triebwagen der ermittelten Bestbieterin B*** ein Angebot im Vergabeverfahren "Werdenfels" der BEG abgeben. Diesfalls hätte sie im Falle der Auftragserteilung die Chance, einen Gewinn zu erzielen, was schlussendlich ihren Kunden - uns somit der breiten Öffentlichkeit - zugute komme.

Im Gegensatz dazu hätte die Antragstellerin durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nichts gewonnen: Würde nämlich die Rahmenvereinbarung nachträglich mit ihr abgeschlossen (würde die Entscheidung, die Rahmenvereinbarung mit B*** abzuschließen, also für nichtig erklärt) bestünde mangels erfolgter Angebotsabgabe im Vergabeverfahren "Werdenfels" der BEG für die Antragstellerin keine Chance auf einen Abruf der Fahrzeuge für das Werdenfelsprojekt (30 bis 35 Triebwagen als Fixbestellung sowie bis zu weitere 5 Triebwagen als optionale Bestellmöglichkeit). Auch von Folgeabrufen sei diesfalls nicht zwingend auszugehen, da sie dazu einerseits nicht verpflichtet sei und andererseits derzeit nicht absehbar sei, ob tatsächlich ein Folgebedarf entstehe. Die Antragstellerin übersehe bei ihrer Interessenabwägung nämlich, dass kein Fixauftrag vergeben werde, sondern ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung durchgeführt werde. Es bestünde ihrerseits überhaupt keine Verpflichtung, auch nur einen Abruf aus der Rahmenvereinbarung zu tätigen. Die Antragstellerin wäre dann zwar Rahmenvereinbarungspartnerin, hätte aber keinen Anspruch auf einen Abruf aus der Rahmenvereinbarung.

Würde die einstweilige Verfügung nicht erlassen, könne die Antragstellerin ihre Rechte immer noch im Wege eines Feststellungsantrages geltend machen. In diesem Fall hätte sie sogar (falls die Vergabekontrollbehörde ihrem Vorbringen folge) die Möglichkeit, Schadenersatz vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen und den entstandenen Schaden zu kompensieren. Das Interesse der Antragstellerin - die sich der Tatsache, dass es der freien Entscheidung der Auftraggeberin obliege, ob ein Abruf aus der Rahmenvereinbarung getätigt werde oder nicht - sei daher bei objektiver Durchführung einer Interessenabwägung als dem Interesse der Auftraggeberin untergeordnet zu qualifizieren.

Es bestünde auch ein öffentliches Interesse an der Weiterführung des Vergabeverfahrens und einer damit verbundenen Angebotsabgabe im Vergabeverfahren "Werdenfels" der BEG. Sollte ihrem Angebot der Zuschlag erteilt werden, könnten aus dem Betrieb des Werdenfelsnetzes zusätzliche Einnahmen lukriert werden. Diese Einnahmen würden selbstverständlich im Sinne ihrer Kunden - und somit der breiten Öffentlichkeit - in neue Schienenfahrzeuge investiert werden. Dadurch könne gewährleistet werden, dass immer moderne und allen Sicherheitsvorschriften entsprechende Schienenfahrzeuge eingesetzt werden und das Unfallrisiko minimiert werde.

Die mit zusätzlichen Einnahmen aus dem Betrieb des bayerischen Werdenfelsnetzes angekurbelten Folgeprojekte könnten auch zur Stärkung der Wirtschaft in Österreich beitragen. Auch daran bestünde zweifellos ein öffentliches Interesse.

Auf der Grundlage der Stellungnahmen der Antragstellerin vom 26. März 2010 samt Beilagen (OZ 1, OZ 2, OZ 3, OZ 4, OZ 8, OZ 9 sowie OZ 10) und vom 30. März 2010 (OZ 16 bzw. OZ 18) und der Stellungnahme samt Beilagen der Auftraggeberin vom 30. März 2010 (OZ 13, OZ 14 sowie OZ 15) wird nachfolgender für den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Am 30. Oktober 2009 wurde die Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zur Veröffentlichung im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften übermittelt und dort am 4. November 2009 unter 2009/ S 212- 306568 als Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung betreffend die Fertigung, Inbetriebsetzung und Lieferung von elektrischen Nahverkehrsbetriebswagen" veröffentlicht. Demnach führt die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach den Sektorenbestimmungen des BVergG für den Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über einen Lieferauftrag mit einem Unternehmer durch. In der Ausschreibungsbekanntmachung wird der Auftrag durch die Auftraggeberin folgendermaßen beschrieben:

„Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Elektrotriebzügen für den Nah- und Regionalverkehr mit einer Maximalgeschwindigkeit von mindestens 160 km/h Einstiegshöhen ca. 600 mm und 800 mm, eventuell optional mit Instandhaltung, sowie einer individuell bestimmbaren Ausstattung.

Die Fahrzeuge müssen für den Betrieb nach Eisenbahn-Bau und Betriebsordnung (EBO) auf Strecken der DB Netz AG bzw. nach Eisenbahngesetz und den einschlägigen Vorschriften auf den Strecken der ÖBB Infrastruktur AG geeignet sein.

Der Auftrag umfasst u.a. auch Engineering, Tests, Gutachten und Dokumentation zur Zulassung und Inbetriebsetzung in Deutschland und Österreich.“

Mit Schreiben vom 16. März 2010 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass mit der Bieterin B*** die ausgeschriebene

Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. In diesem Schreiben wird auch hingewiesen, dass die Frist für eine mögliche Anfechtung am 30. März 2010 endet. Das Vergabeverfahren befindet sich somit im Stadium der Bekanntgabe der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro XXX (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich hinsichtlich Anfechtung der Zuschlagsentscheidung) entrichtet. Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren von gesamt Euro römisch 30 (Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren bezüglich eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich hinsichtlich Anfechtung der Zuschlagsentscheidung) entrichtet.

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

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bisherigen Angaben der Parteien und den bisher vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens. Widersprüchlichkeiten liegen keine vor.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG) wurde mit BGBl I Nr. 15/2010, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag somit am 5. März 2010, in Kraft getreten (s. § 345 Abs 14 Z 1 BVerG). Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, kundgemacht am 4. März 2010, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem der Kundmachung folgenden Tag somit am 5. März 2010, in Kraft getreten (s. Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer eins, BVerG).

Gemäß § 345 Abs. 14 Z 2 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 15/2010 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw. fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich durch die Übermittlung der Ausschreibungsbekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zur Veröffentlichung am 30. Oktober 2009 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 86/2007 (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5. März 2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim Bundesvergabeamt am 26. März 2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVerG) anzuwenden. Gemäß Paragraph 345, Absatz 14, Ziffer 2, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren bzw. beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende bzw. fortzuführen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das gegenständlich durch die Übermittlung der Ausschreibungsbekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zur Veröffentlichung am 30. Oktober 2009 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, (BVerG 2006) als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab 5. März 2010 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim Bundesvergabeamt am 26. März 2010 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVerG) anzuwenden.

Die ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien, ist öffentliche Auftraggeberin als Sektorenauftraggeberin iSv § 164 iVm § 3 Abs. 1 Z 2 und § 169 BVerG. Die ÖBB-Personenverkehr AG, Wagramer Straße 17-19, 1220 Wien, ist öffentliche Auftraggeberin als Sektorenauftraggeberin iSv Paragraph 164, in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2 und Paragraph 169, BVerG.

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 5 iVm § 174 BVerG. Auf Grund des vom Auftraggeber bezifferten Auftragswertes handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Die

Auftraggeberin führt ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach den Sektorenbestimmungen des BVergG durch, dessen Ziel der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß § 192 Abs. 7 BVergG ist. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß Paragraph 5, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG. Auf Grund des vom Auftraggeber bezifferten Auftragswertes handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin führt ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach den Sektorenbestimmungen des BVergG durch, dessen Ziel der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß Paragraph 192, Absatz 7, BVergG ist.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von § 328 Abs. 3 und 4 iVm § 321 Abs. 1 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Berücksichtigung von Paragraph 328, Absatz 3 und 4 in Verbindung mit Paragraph 321, Absatz eins, BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 26. März 2010 die Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. jj BVergG. Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 26. März 2010 die Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung beantragt. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, j, j, BVergG.

Sofern die Antragstellerin in ihrem Antrag auf Seite 16 ihres Schriftsatzes vom 26. März 2010 die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit „6.3.2009“ terminisiert hat, geht das Bundesvergabeamt von einem offensichtlichen Irrtum aus. Diesbezüglich hat die Antragstellerin im selben Schriftsatz auf Seite sieben das richtige Datum (16.03.2010) genannt und dem Nachprüfungsantrag als Beilage 11 auch das entsprechende Schreiben vom 16. März 2010 beigelegt und diesen Irrtum mit einem weiteren Schreiben vom 26. März 2010 auch aufgeklärt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Sofern die Antragstellerin in ihrem Antrag auf Seite 16 ihres Schriftsatzes vom 26. März 2010 die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit „6.3.2009“ terminisiert hat, geht das Bundesvergabeamt von einem offensichtlichen Irrtum aus. Diesbezüglich hat die Antragstellerin im selben Schriftsatz auf Seite sieben das richtige Datum (16.03.2010) genannt und dem Nachprüfungsantrag als Beilage 11 auch das entsprechende Schreiben vom 16. März 2010 beigelegt und diesen Irrtum mit einem weiteren Schreiben vom 26. März 2010 auch aufgeklärt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Die Vorsitzende des Senates 11 als auch deren erste Vertreterin gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes befinden sich von 29. März 2010 bis einschließlich 6. April 2010 im Erholungsurlaub. Die Vorsitzende des Senates 11 des Bundesvergabeamtes ist daher gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes von ihrem zweiten Vertreter zu vertreten.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. 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 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph

320, Absatz eins, leg.cit. 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 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 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der der Entscheidung der Auftraggeberin vom 16. März 2010 hinsichtlich der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, logisch folgende nächste Schritt im gegenständlichen Vergabeverfahren ist der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem ausgewählten Unternehmer und in weiterer Folge die Zuschlagserteilung. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsbegehren obsiegt. Das würde bedeuten, dass eine solche Auftragsabwicklung vergaberechtswidrig wäre und nach Zuschlagserteilung mit vergaberechtlichen Mitteln im Nachprüfungsverfahren nicht mehr bekämpfbar wäre.

Sofern auch die Entscheidung vom 16. März 2010, mit welchem Bieter in diesem Vergabeverfahren eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ausgesetzt wird, wird auf die diesbezügliche Rechtsprechung des BVA (BVA vom 30. Dezember 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, BVA vom 26. März 2009, N/0021-BVA/10/2009-EV10, BVA vom 3. April 2009, N/0023-BVA/12/2009-EV15, BVA vom 23. April 2009, N/0036-BVA/10/2009, BVA vom 22. Mai 2009, N/0049-BVA/10/2009-EV16, BVA vom 10. Juni 2009, N/0021-BVA/10/2009-EV10, BVA vom 29. Juni 2009, N/0067-BVA/08/2009-EV16, BVA vom 10. August 2009, N/0082-BVA/11/2009-EV8, BVA vom 10. August 2009, N/0081-BVA/10/2009-EV17, BVA vom 10. August 2009, N/0082-BVA/11/2009-EV8, BVA vom 28. August 2009, N/0091-BVA/07/2009-8 oder BVA vom 16. September 2009, N/0082-BVA/11/2009-18EV) hingewiesen. Demnach wird durch eine zusätzliche Aussetzung einer solchen Entscheidung sichergestellt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens überhaupt keine Rahmenvereinbarung (und somit auch keine vergaberechtswidrige Rahmenvereinbarung) erteilt werden kann, da eine Rahmenvereinbarung jedenfalls eine entsprechende Auswahlentscheidung voraussetzt. (vgl. dazu auch Madl, Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers durch einstweilige Verfügung der Vergabekontrollbehörde in RPA 2004/4, 237 ff). Sofern auch die Entscheidung vom 16. März 2010, mit welchem Bieter in diesem Vergabeverfahren eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ausgesetzt wird, wird auf die diesbezügliche Rechtsprechung des BVA (BVA vom 30. Dezember 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, BVA vom 26. März 2009, N/0021-BVA/10/2009-EV10, BVA vom 3. April 2009, N/0023-BVA/12/2009-EV15, BVA vom 23. April 2009, N/0036-BVA/10/2009, BVA vom 22. Mai 2009, N/0049-BVA/10/2009-EV16, BVA vom 10. Juni 2009, N/0021-BVA/10/2009-EV10, BVA vom 29. Juni 2009, N/0067-BVA/08/2009-EV16, BVA vom 10. August 2009, N/0082-BVA/11/2009-EV8, BVA vom 10. August 2009, N/0081-BVA/10/2009-EV17, BVA vom 10. August 2009, N/0082-BVA/11/2009-EV8, BVA vom 28. August 2009, N/0091-BVA/07/2009-8 oder BVA vom 16. September 2009, N/0082-BVA/11/2009-18EV) hingewiesen. Demnach wird durch eine zusätzliche Aussetzung einer solchen Entscheidung sichergestellt, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens überhaupt keine Rahmenvereinbarung (und somit auch keine vergaberechtswidrige Rahmenvereinbarung) erteilt werden kann, da eine Rahmenvereinbarung jedenfalls eine entsprechende Auswahlentscheidung voraussetzt. vergleiche dazu auch Madl, Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers durch einstweilige Verfügung der Vergabekontrollbehörde in RPA 2004/4, 237 ff).

Das bedeutet, dass nur mit der Aussetzung der Auswahlentscheidung vom 16. März 2010 und dem Verbot des

Abschlusses der Rahmenvereinbarung im Vergabeverfahren das Vergabeverfahren in einem Stand gehalten werden kann, dass sichergestellt ist, dass jedenfalls ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren geführt bzw. abgeschlossen werden kann.

Zu den von der Auftraggeberin vorgebrachten Argumenten hinsichtlich der Versagung der einstweiligen Verfügung wird Folgendes ausgeführt:

Für das Bundesvergabeamt sind die wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin und der Auftraggeberin klar erkennbar. Diesbezüglich liegt kein Überwiegen eines Interesses der Auftraggeberin oder der Antragstellerin vor.

Mangels Kenntnis der Ausschreibungsunterlagen im Werdenfelsprojekt vermag der zur Entscheidung berufene zweite Vertreter der Senatsvorsitzenden des Senates 11 des Bundesvergabeamtes nicht zu beurteilen, ob die Auftraggeberin in diesem Vergabeverfahren ein Angebot abgeben kann, ohne sich bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe fix an einen bestimmten Schienenfahrzeug-Partner zu binden. Insbesondere ist auch nicht bekannt, ob in diesem deutschen Vergabeverfahren die Bildung von Bietergemeinschaften möglich ist. Denkbar wäre, dass sich die Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren und die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in diesem Vergabeverfahren in einer Bietergemeinschaft zur Abgabe eines gemeinsamen Angebots im deutschen Vergabeverfahren wiederfinden. Diesbezüglich würde sich die Frage stellen, ob für eine solche Konstellation zur Legung eines Angebotes im deutschen Vergabeverfahren überhaupt ein Abschluss im gegenständlichen Vergabeverfahren erforderlich ist. Sollte das nicht der Fall sein, würde das gegenständliche Vergabeverfahren den offenbar vorliegenden Zeitdruck gänzlich verlieren. Insbesondere sind auch die Erfolgchancen einer Angebotslegung durch die Auftraggeberin im deutschen Vergabeverfahren nicht beurteilbar.

Vergaberechtlich vorstellbar wäre auch, dass sich die Auftraggeberin am Werdenfelsprojekt durch die Abgabe eines Angebotes beteiligt und in diesem Angebot darauf hinweist, dass geforderte Schienenfahrzeuge von einem von mehreren genannten Partnern (diesbezüglich könnten alle im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht ausgeschiedenen bzw. nicht auszuschcheidenden Bieter genannt werden) bezogen werden und im Angebot darauf hingewiesen wird, dass diesbezüglich ein noch nicht abgeschlossenes Vergabeverfahren in Österreich anhängig ist. Diesbezüglich könnte dann auch das Ergebnis des gegenständlichen Vergabeverfahrens in weiterer Folge in diesem deutschen Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Vorstellbar wäre weiter auch, dass die Auftraggeberin im Vertrauen der Vergaberechtskonformität aller ihrer im gegenständlichen Vergabeverfahren getroffenen Entscheidungen sich ausschließlich mit den Schienenfahrzeugen der B*** am Werdenfelsprojekt beteiligt. Dahinter verbergen sich jedoch die von der Auftraggeberin in ihrem Schriftsatz vom 30. März 2010 dargestellten Risiken, die von ihr in ihren weiteren Überlegungen hinsichtlich einer Beteiligung am Vergabeverfahren im Werdenfelsprojekt abzuwägen wären.

Die Antragstellerin vermag mit dem Argument des drohenden Entganges eines für sie bedeutenden Referenzprojektes zu überzeugen, während die Auftraggeberin das Vorliegen eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens nach Auffassung des entscheidenden zweiten Vertreters der Senatsvorsitzenden des Senates 11 nicht hinreichend substantiiert und damit nicht überzeugend darlegt. Allenfalls vermag ein entsprechendes substantiierteres diesbezügliches Vorbringen das Bundesvergabeamt (auf Antrag oder von Amts wegen) dazu zu bewegen gemäß § 329 Abs. 3 BVergG noch vor Abschluss des zu N/0025-BVA/11/2010 geführten Nachprüfungsverfahrens (allenfalls auch sehr kurzfristig) die erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben. Das Vorbringen der Auftraggeberin, dass nur bei Zuschlagserteilung des Werdenfelsprojektes sichergestellt werden könnte, dass in Österreich in moderne und allen Sicherheitsvorschriften entsprechende Schienenfahrzeuge investiert werden könnte, kann nicht gefolgt werden. Würde diese Behauptung stimmen, würde das bedeuten, dass – sollte die Auftraggeberin den Zuschlag im Werdenfelsprojekt nicht erhalten – in Österreich nur unmoderne und den Sicherheitsvorschriften nicht entsprechende Schienenfahrzeuge in Zukunft zum Einsatz kommen würden. Die Antragstellerin vermag mit dem Argument des drohenden Entganges eines für sie bedeutenden Referenzprojektes zu überzeugen, während die Auftraggeberin das Vorliegen eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens nach Auffassung des entscheidenden zweiten Vertreters der Senatsvorsitzenden des Senates 11 nicht hinreichend substantiiert und damit nicht überzeugend darlegt. Allenfalls vermag ein entsprechendes substantiierteres diesbezügliches Vorbringen das Bundesvergabeamt (auf Antrag oder von Amts wegen) dazu zu bewegen gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG noch vor Abschluss des zu N/0025-BVA/11/2010 geführten Nachprüfungsverfahrens (allenfalls auch sehr kurzfristig) die erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben.

Das Vorbringen der Auftraggeberin, dass nur bei Zuschlagserteilung des Werdenfelsprojektes sichergestellt werden könnte, dass in Österreich in moderne und allen Sicherheitsvorschriften entsprechende Schienenfahrzeuge investiert werden könnte, kann nicht gefolgt werden. Würde diese Behauptung stimmen, würde das bedeuten, dass – sollte die Auftraggeberin den Zuschlag im Werdenfelsprojekt nicht erhalten – in Österreich nur unmoderne und den Sicherheitsvorschriften nicht entsprechende Schienenfahrzeuge in Zukunft zum Einsatz kommen würden.

Auch das Vorbringen der Auftraggeberin, dass es der Auftraggeberin im Vergabeverfahren unmöglich gewesen wäre, die Dauer eines allfälligen Vergabekontrollverfahren einzukalkulieren, ist unter Hinweis auf § 226 BVergG nicht nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung des von der Auftraggeberin selbst eingestandenen Zeitraumes von mehr als fünf Monaten seit Bekanntmachung der Ausschreibung im Werdenfelsprojekt (bis zur Auswahlentscheidung vom 16. März 2010 im gegenständlichen Vergabeverfahren) wäre es bei entsprechender Straffung interner Abläufe bei der Auftraggeberin und des Vergabeverfahrens und unter Ausnützung aller Möglichkeiten, die § 226 BVergG bietet, nach Auffassung des Bundesvergabebeamtes möglich gewesen, das Vergabeverfahren so zu gestalten, dass zumindest ein Reservezeitraum für ein Vergabekontrollverfahren eingeplant hätte werden können. Die Auftraggeberin muss sich daher dieses Versäumnis zurechnen lassen. Die Auftraggeberin war sich des knappen Zeithorizontes bewusst und hat diesen Umstand billigend sich dafür entschieden, sich am Werdenfelsprojekt zu beteiligen und das gegenständliche Vergabeverfahren durchzuführen, ohne einen Zeitpuffer für ein mögliches Vergabekontrollverfahren im gegenständlichen Vergabeverfahren einzuplanen. Diesbezüglich wird hingewiesen, dass die Auftraggeberin bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH vom 1. August 2002, B1194/02; ebenso BVA vom 22. März 2010, N/0019- BVA/04/2010-EV6, BVA vom 10. April 2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14 oder BVA vom 2. November 2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.). Auch das Vorbringen der Auftraggeberin, dass es der Auftraggeberin im Vergabeverfahren unmöglich gewesen wäre, die Dauer eines allfälligen Vergabekontrollverfahren einzukalkulieren, ist unter Hinweis auf Paragraph 226, BVergG nicht nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung des von der Auftraggeberin selbst eingestandenen Zeitraumes von mehr als fünf Monaten seit Bekanntmachung der Ausschreibung im Werdenfelsprojekt (bis zur Auswahlentscheidung vom 16. März 2010 im gegenständlichen Vergabeverfahren) wäre es bei entsprechender Straffung interner Abläufe bei der Auftraggeberin und des Vergabeverfahrens und unter Ausnützung aller Möglichkeiten, die Paragraph 226, BVergG bietet, nach Auffassung des Bundesvergabebeamtes möglich gewesen, das Vergabeverfahren so zu gestalten, dass zumindest ein Reservezeitraum für ein Vergabekontrollverfahren eingeplant hätte werden können. Die Auftraggeberin muss sich daher dieses Versäumnis zurechnen lassen. Die Auftraggeberin war sich des knappen Zeithorizontes bewusst und hat diesen Umstand billigend sich dafür entschieden, sich am Werdenfelsprojekt zu beteiligen und das gegenständliche Vergabeverfahren durchzuführen, ohne einen Zeitpuffer für ein mögliches Vergabekontrollverfahren im gegenständlichen Vergabeverfahren einzuplanen. Diesbezüglich wird hingewiesen, dass die Auftraggeberin bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH vom 1. August 2002, B1194/02; ebenso BVA vom 22. März 2010, N/0019- BVA/04/2010-EV6, BVA vom 10. April 2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14 oder BVA vom 2. November 2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25. Oktober 2002, B 1369/01 oder BVA vom 22. März 2010, N/0019-BVA/04/2010-EV6, BVA vom 16. Mai 2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11, BVA vom 10. Februar 2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24. Juli 2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV, oder BVA vom 29. August 2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 oder BVA vom 21. Februar 2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25. Oktober 2002, B 1369/01 oder BVA vom 22. März 2010, N/0019-BVA/04/2010-EV6, BVA vom 16. Mai 2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11, BVA vom 10. Februar 2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24. Juli 2008, N/0103-BVA/14/2008-

10EV, oder BVA vom 29. August 2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15 oder BVA vom 21. Februar 2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Somit war dem diesbezüglichen Provisorialbegehren unter Berücksichtigung der gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahme zu entsprechen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahmen war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu begrenzen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, nicht hinreichend substantiiertes Vorbringen

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

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