

TE Verg Bescheid 2010/2/9 N/0008-BVA/02/2010-EV7

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.02.2010

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner Zulaufstrecke Nord; Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; Dienstleistung AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Februar 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Februar 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2,

Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Eisenbahnachse Brenner Zulaufstrecke Nord; Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; Dienstleistung AS 234 - Örtliche Bauaufsicht, Fernmelde- und Telekomanlagen" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 2. Februar 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Februar 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - Örtliche Bauaufsicht Fernmelde- und Telekomanlagen" bis zur Entscheidung über den unter Punkt I. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "Das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG untersagen, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren "Eisenbahnachse Brenner, Zulaufstrecke Nord Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; AS 234 - Örtliche Bauaufsicht Fernmelde- und Telekomanlagen" bis zur Entscheidung über den unter Punkt römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 3. Februar 2010, brachte die A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, ein.

Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2010 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass ursprünglicher Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens die Brenner Eisenbahn GmbH gewesen sei. Als ausschreibende Stelle habe die ÖBB-Infrastruktur AG, GB Unterinntal, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, fungiert. Auf Grund von Umstrukturierungsmaßnahmen während des laufenden Vergabeverfahrens sei die Brenner Eisenbahn GmbH mit der ÖBB-Infrastruktur AG fusioniert worden. Wer nun tatsächlich Auftraggeber sei, sei nicht eindeutig geklärt. Auf der Grundlage einer Fragebeantwortung und nach Einsicht in das Firmenbuch sei allerdings davon auszugehen, dass die ÖBB-Infrastruktur AG, GB-Unterinntal Beschaffung Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, Auftraggeber sei.

Das Vergabeverfahren sei als nicht offenes Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden. Es handle sich um eine Ausschreibung im Sektorenbereich. Mit Schreiben vom 20.1.2010 habe der Auftraggeber bekannt gegeben, dass der Zuschlag an die B*** erteilt werden solle. Diese Zuschlagsentscheidung werde hiermit angefochten.

Die ÖBB-Infrastruktur AG sei öffentlicher Auftraggeber, der in den Vollziehungsbereich des Bundes falle. In den Ausschreibungsunterlagen sei das Bundesvergabeamt als zuständige Nachprüfungsbehörde genannt.

Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Ihr Interesse am Vertragsabschluss sei daher evident. Sie habe weiterhin großes wirtschaftliches und strategisches Interesse am Auftragserhalt und erachte sich auch weiter an ihr Angebot gebunden.

Bei der ausgeschriebenen Örtlichen Bauaufsicht von Fernmelde- und Telekomanlagen handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Es handle sich zweifellos um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Es bestehe somit derzeit keine Verpflichtung zur Entrichtung einer Pauschalgebühr.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, würde ihr großer Schaden entstehen. Dieser bestehe einerseits im entgangenen marktüblichen Gewinn, in den frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie in den bisher angefallenen Kosten für die anwaltliche Vertretung. Weiters würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- -Strichaufzählung
im Recht auf richtige Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Gleichbehandlung sowie auf fairen und lauterer Wettbewerb,
- -Strichaufzählung
im Recht auf eine ausreichend begründete Zuschlagsentscheidung und im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung und Bestbieterentscheidung,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, deren Bieter nicht befugt seien, und
- -Strichaufzählung
im Recht auf Zuschlagserteilung an die Antragstellerin als Bestbieterin.

Die Angebotsfrist habe am 13. Oktober 2009, 12.00 Uhr, geendet. Die Angebotseröffnung sei nicht öffentlich erfolgt. Die Antragstellerin sei über die Öffnung der Angebote bzw das Ergebnis der Angebotsöffnung nicht informiert worden und sei ihr auch keine "Zwischenreihung" mitgeteilt worden. Gemäß Punkt 12.4 der Ausschreibungsunterlagen seien offenbar Verhandlungen mit dem bestgereihten Bieter geführt worden, von denen die Antragstellerin keine Kenntnis erlangt habe. Mit der ersten Zuschlagsentscheidung vom 15.12.2009 sei die Antragstellerin über das Angebotsergebnis und die durchgeführte Angebotsprüfung unzureichend unterrichtet worden; die Entscheidung habe insbesondere keine ausreichende Begründung enthalten.

Diese Zuschlagsentscheidung sei angefochten worden (N/0132-BVA/02/2009). Daraufhin habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung mit Schreiben vom 12.1.2010 zurückgezogen.

Die neue, nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung, sei der Antragstellerin am 20.1.2010 übermittelt worden. Der Zuschlagsentscheidung sei eine Bewertungsmatrix angehängt gewesen.

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

1. 1.Ziffer eins

Begründungsmangel:

Die (nunmehr angefochtene) Zuschlagsentscheidung sei (ebenfalls) unzureichend begründet und entspreche nicht den in § 131 BVergG verankerten Vorgaben für die Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Nach § 131 leg.cit seien in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung unter anderem die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht erfolgreichen Bieters sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden würde. Nach der eindeutigen Rechtssprechung solle die Begründung den nicht erfolgreichen Bieter in die Lage versetzen, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf ihre Korrektheit nachzuvollziehen und einen Nachprüfungsantrag gegen die inhaltliche Begründetheit der Entscheidung stellen zu können. Welches Ausmaß an Informationen über die Merkmale des erfolgreichen Angebots und die Gründe für die Ablehnung des nicht erfolgreichen Angebots gegeben werden müssten, sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dies richte sich vor allem nach den angewandten Zuschlagskriterien. Im vorliegenden Fall käme nur dem qualitativen Zuschlagskriterium "Technikfaktor" entscheidende Bedeutung zu. Der Punktevorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rühre ausschließlich aus der besseren Bewertung ihres Angebotes im Rahmen des "Technikfaktors"; das Angebot der Antragstellerin sei erheblich billiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Die (nunmehr angefochtene) Zuschlagsentscheidung sei (ebenfalls) unzureichend begründet und entspreche nicht den in Paragraph 131, BVergG verankerten Vorgaben für die Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Nach Paragraph 131, leg.cit seien in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung unter anderem die Gründe für die Ablehnung des Angebotes des nicht erfolgreichen Bieters sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen nicht öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden

würde. Nach der eindeutigen Rechtssprechung solle die Begründung den nicht erfolgreichen Bieter in die Lage versetzen, bereits zu Beginn der Stillhaltefrist die Auftraggeberentscheidung im Hinblick auf ihre Korrektheit nachzuvollziehen und einen Nachprüfungsantrag gegen die inhaltliche Begründetheit der Entscheidung stellen zu können. Welches Ausmaß an Informationen über die Merkmale des erfolgreichen Angebots und die Gründe für die Ablehnung des nicht erfolgreichen Angebots gegeben werden müssten, sei jeweils im Einzelfall zu beurteilen. Dies richte sich vor allem nach den angewandten Zuschlagskriterien. Im vorliegenden Fall käme nur dem qualitativen Zuschlagskriterium "Technikfaktor" entscheidende Bedeutung zu. Der Punktevorsprung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rühre ausschließlich aus der besseren Bewertung ihres Angebotes im Rahmen des "Technikfaktors"; das Angebot der Antragstellerin sei erheblich billiger als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Im Rahmen des genannten Zuschlagskriteriums hätte die Ausschreibungsunterlage eine Reihe von Subkriterien vorgesehen, bei denen vor allem Erfahrung und Ausbildung des Personals des Bieters einem detaillierten Bewertungsschema unterzogen würden.

Unabhängig davon, dass das Bewertungsschema hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin unrichtig angewandt worden sei und ausschreibungswidrig Punkte in Subkriterien nicht vergeben worden seien, die bei richtiger Bewertung dem Angebot der Antragstellerin hätten gegeben werden müssen, sei auch auf Grundlage der zur Begründung der Zuschlagsentscheidung mitgeteilten technischen Angebotsbewertung im Zusammenhang mit Teil H der Ausschreibungsunterlage die Bewertung nicht transparent, nicht überprüfbar und nicht nachvollziehbar.

Die bloße Angabe tabellarischer Punkteergebnisse sei unzureichend. Ebenso seien die bloße Bekanntgabe von Gesamtpunkteergebnissen sowie von allgemeinen Floskeln unzureichend. So seien auch die Angabe der Punkteergebnisse der Subkriterien in Verbindung mit dem Text der Bewertungsgesichtspunkte bereits als zu wenig und daher rechtswidrig erachtet worden.

In der nunmehr vorliegenden Zuschlagsentscheidung habe der Auftraggeber zur Begründung der Punkteergebnisse die "technische Angebotsbewertung" angeschlossen. Aus dieser seien jedoch die tatsächlichen Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht entnehmbar. Diese Angebotsbewertung beschränke sich nämlich darauf, die einzelnen Subkriterien in Verbindung mit den einzelnen, nicht näher identifizierbaren Mitarbeitern der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, anzuführen und lapidar das jeweils erzielte Teilergebnis, also die bei jedem Subkriterium erzielte Punkteanzahl, festzuhalten und darauf hinzuweisen, ob die Angaben aus dem Angebot oder einer Bietererklärung oder Auskunft eines Referenzauftraggebers übernommen worden seien. Die Erläuterung von Art, Gegenstand und Dauer von Referenz bzw. Berufserfahrung fehle völlig. Erst nach Kenntnis dieser Umstände wäre jedoch erkennbar, warum beim jeweiligen Subkriterium diese und nicht eine andere Punkteanzahl erreicht worden sei. Ohne diese Angaben seien die Punkteergebnisse für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar.

Noch weniger vermöge die Antragstellerin die Richtigkeit der Ergebnisse zu hinterfragen oder Gegenargumente derart aufzustellen, dass aufgrund ihrer Marktkennntnis eine bestimmte Berufserfahrung oder Referenz aufgrund Dauer oder Gegenstand richtigerweise gar nicht, oder zumindest nicht mit der vom Auftraggeber erzielten Punkteanzahl, zu werten gewesen wäre.

Beispielsweise lasse sich ohne Angabe des Projektinhalts und der Projektdauer nicht beurteilen, ob der ÖBA-Leiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Kriterium Berufserfahrung zu Recht oder zu Unrecht die hohe Punktebewertung von 120 Punkten erhalten habe. Dies könne erst beurteilt werden, wenn die Berufserfahrung näher beschrieben würde. Der Antragstellerin bliebe nur die Möglichkeit, dem Auftraggeber zu glauben, dass er die Angaben richtig gewertet habe. Dies entspreche nicht dem Sinn der Begründungspflicht für Verwaltungsentscheidungen, die den Betroffenen die Überprüfung einer Entscheidung ermöglichen solle.

Die tatsächliche Anwendung der einzelnen Kriterien mache eine inhaltliche Prüfung und Wertung der Bieterangaben notwendig. So seien beim vorgesehenen stellvertretenden Leiter der ÖBA der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und bei den technischen Mitarbeitern 02-04 jeweils Angaben nicht als einschlägige allgemeine Berufserfahrung gewertet worden. Wer könne nun sagen, ob nicht aus ähnlichen - nicht offen gelegten - Gründen andere Berufserfahrungen anderer Mitarbeiter bzw. bei anderen Subkriterien richtigerweise auch nicht zu werten gewesen wären. Dies lasse sich

erst beurteilen, wenn die jeweilige Erfahrung bzw. Referenz konkret angegeben werde. Ohne diese Angaben seien es nicht die Merkmale des Angebots des erfolgreichen Bieters, sondern die Ergebnisse der Bewertung des Auftraggebers, welche mitgeteilt würden.

Noch deutlicher werde die unzureichende Begründung der Zuschlagsentscheidung unter Berücksichtigung der bloß formelhaften Ausführungen zur Bewertung der Strukturierung der Projektorganisation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Wenn zur Begründung dessen, dass ihr immerhin als zweitbeste Lösung 60 Punkte gegeben worden seien, auch im Vergleich zu anderen Bietern effizienteren Personaleinsatz verwiesen werde, bleibe offen, worin diese Effizienz gelegen sein solle.

Das Fehlen ausreichender verbaler Darlegungen der Gegenstände der Bewertung, die Grundlage für die vom Auftraggeber erzielten Bewertungsergebnisse seien, sei ein Begründungsmangel, der dem Sinn der Begründungspflicht diametral zuwider laufe. Gerade im Hinblick auf das in der Ausschreibung vorgesehene Bewertungsschema wäre die detaillierte und richtige Angabe, mit welcher konkreten Art von Referenz bzw. Berufserfahrung für welche Art von Personal welches Ergebnis erzielt worden sei, unabdingbar. Ohne diese Angaben könnte die Antragstellerin die Bewertung nicht nachvollziehen. Noch weniger könne sie die Bewertung auf ihre Richtigkeit hinterfragen bzw. Gegenargumente prüfen. Demnach sei eine seriöse Anfechtung der inhaltlichen Richtigkeit der Zuschlagsentscheidung nicht möglich. Die Antragstellerin wäre vielmehr gezwungen, "ins Blaue" hinein zu argumentieren. Dies laufe jedoch dem Sinn des Rechtsschutzsystems zuwider und verlagere die im Vergabeverfahren zu erledigenden Aufgaben des Auftraggebers in das Kontrollverfahren.

Auch eine Berufung auf den Schutz von öffentlichen Interessen oder von berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern, vermöge im konkreten Fall keine Rechtfertigung für die Nichtbekanntgabe der erforderlichen Informationen darzustellen. Die Bekanntgabe der Grundlagen für die Anwendung der Subkriterien und der inhaltlichen Erwägungen bei der Beurteilung des Angebots der Antragstellerin werden diesbezüglich völlig problemlos. Die inhaltlichen Erwägungen bei der Bewertung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wären problemlos einer anonymisierten Darstellung zugänglich, gehe es doch nur um die Dauer und Qualität der Erfahrung und nicht etwa um die Identität einer bestimmten Person.

Sei die Begründung unzureichend, werde der Bieter in seiner effektiven Anfechtungsfrist verkürzt und in seinem Recht auf ordnungsgemäße Begründung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung verletzt. Demnach sei es für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung in Folge unzureichender Begründung irrelevant, ob der Bieter die Möglichkeit hätte, durch eigene Initiativen zusätzliche Informationen zu erhalten. Noch unbeachtlicher sei es, ob der Bieter im Rahmen eines Kontrollverfahrens die Möglichkeit hätte, zusätzliche Informationen zu erlangen. Eine nachträgliche Sanierung der mangelhaften Begründung der Zuschlagsentscheidung sei nicht möglich. Diese Rechtswidrigkeit sei jedenfalls für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrages dadurch wesentlich erschwert würde.

Keine Nachvollziehbarkeit der Änderung der Bewertung zwischen 1. und 2.

Zuschlagsentscheidung:

Auffällig sei in diesem Zusammenhang zunächst, dass die Punkteberechnungen in den beiden Zuschlagsentscheidungen erheblich voneinander abweichen würden, ohne dass dies nachvollziehbar wäre. Sei das erfolgreiche Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Zuschlagsentscheidung vom 15.12.2009 im Rahmen der technischen Kriterien noch mit 494 von 1000 Punkten und dass der Antragstellerin mit 440,83 Punkten bewertet worden, sei hierzu in der Zuschlagsentscheidung vom 20.1.2010 für das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin plötzlich 561 von 1000 Punkten und für jenes der Antragstellerin nur noch 435 Punkte vergeben worden. Soweit von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bewertungsrelevante Umstände nach Abgabe des Angebotes nachgereicht worden sein sollten, seien diese nicht zu berücksichtigen. Vielmehr wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dann auszuschneiden.

Eine detaillierte Prüfung der für diese (Um-)Gewichtung maßgeblichen Faktoren, insbesondere betreffend die Wertung der einzelnen Subkriterien im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, sei der Antragstellerin mangels Kenntnis des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht möglich. Dies werde vom BVA genau zu prüfen sein.

Unrichtige Bewertung des Angebots der Antragstellerin:

Der Auftraggeber habe in der übermittelten technischen Angebotsbewertung die Angaben der Antragstellerin zum Bewertungsfaktor "Technik" - insbesondere die vorgelegten Referenzen und Berufserfahrungen - mehrfach unzutreffend gewertet. Es seien in einer Reihe von Fällen keine bzw. weniger Punkte vergeben worden, als nach den Vorgaben der Ausschreibung bzw. den tatsächlichen Referenzen und Erfahrungen des Personals der Antragstellerin geboten gewesen wäre.

Die seitens der Antragstellerin abgegebenen Referenzen würden inhaltlich genau die Tätigkeiten abdecken, die gegenständlich ausgeschrieben seien. Die Antragstellerin sei dabei zu Recht vom ausgeschriebenen Leistungsbild ausgegangen, welches sich auf die Aufsicht sowie Koordinierung und Leistungsüberwachung der Arbeiten, die Gewährleistung der Sicherheitsmaßnahmen auf der Baustelle, die Qualitätsüberwachung sowie Mitarbeit bei der Bauabrechnung und die Unterstützung des Projektmanagements bei der Umsetzung, beziehe.

Die Referenzen der Antragstellerin wären daher aufgrund des identischen Leistungsbildes zu den in der Ausschreibung geforderten Referenzen vollständig zu werten gewesen. Konkret seien offenbar Referenzen des Herrn XXX bezüglich der Projekte YYY sowie weitere Referenzen des ZZZ bezüglich des Projektes UUU, zu Unrecht nicht anerkannt worden. Da die bezüglichen Referenzen sogar über das ausgeschriebene Leistungsbild hinaus gehen würden, hätten die Referenzen jedenfalls gewertet werden müssen. Die Referenzen der Antragstellerin wären daher aufgrund des identischen Leistungsbildes zu den in der Ausschreibung geforderten Referenzen vollständig zu werten gewesen. Konkret seien offenbar Referenzen des Herrn römisch 30 bezüglich der Projekte YYY sowie weitere Referenzen des ZZZ bezüglich des Projektes UUU, zu Unrecht nicht anerkannt worden. Da die bezüglichen Referenzen sogar über das ausgeschriebene Leistungsbild hinaus gehen würden, hätten die Referenzen jedenfalls gewertet werden müssen.

Offenbar unrichtig bewertet worden sei auch der Umstand, dass unter Gruppe 03 "technisches Personal" der angegebene Herr NNN keinen Nachweis über den Abschluss der HTL habe. Vielmehr habe Herr NNN eine gleichwertige Ausbildung in der Schweiz absolviert.

Festzuhalten sei, dass bei korrekter Bewertung der Referenzen der Antragstellerin ein Punktemaximum von 635,83 zugunsten der Antragstellerin im Rahmen der technischen Angebotsbewertung zu verzeichnen wäre. Dem gegenüber würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich ein Punktemaximum von 564 aufweisen. Die Antragstellerin wäre somit klar Bestbieterin.

1. 2.Ziffer 2

Mangelnde Befugnis und Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. ihrer Subunternehmer:

Nach den Informationen der Antragstellerin sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor allem im Bereich "Consulting/Unternehmensberatung" tätig, nicht jedoch im Bereich "Bauaufsicht und Planung". Ob die entsprechenden Befugnisse und Befugnisnachweise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hätten, erscheine daher fraglich.

Soweit ersichtlich, verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter anderem über die Befugnis für das Gewerbe "technische Büros - Ingenieurbüros für physikalische Messtechnik, Nachrichtentechnik". Ein solches Gewerbe, mit welchem zwei Fachbereiche verbunden würden, sei aber nach einer Klarstellung des BMWA nicht möglich. Tatsächlich wären lediglich die Befugnis für ein "Ingenieurbüro physikalischer Messtechnik" und - davon unabhängig - die Befugnis für ein "Ingenieurbüro Nachrichtentechnik" möglich. Es handle sich um getrennte Befugnisse. Nach schriftlicher Auskunft des BMWA vom 4.10.2005 sei es unzulässig, die Gewerbeberechtigung zum Betrieb eines technischen Büros mit 2 oder mehreren Fachgebieten zu verknüpfen. Infolge Unzulässigkeit einer solchen Verknüpfung, sei die diesbezügliche Befugnis nicht gegeben bzw. zumindest fraglich und wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, die Befugnis eingehend zu prüfen.

Das Leistungsbild der gegenständlichen Ausschreibung erfordere auch die Befugnis eines "Ingenieurbüros für Elektrotechnik". Eine solche Befugnis weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin aber offenbar nicht auf. So sei etwa gemäß der Leistungsbeschreibung unter Punkt C.5.17 (Erdung TK-Anlagen) und Punkt C.5.18 (Klimaanlagen) auch die "Überwachung elektrotechnische Leistungen" vorgesehen, welche aufgrund der bezüglichen Schutzbestimmungen ausschließlich durch befugte Elektrotechniker (§§ 106 iVm 33 Abs. 1 GewO) überwacht werden dürfte. Dies betreffe konkret die Überwachung der Erdung der Telekommunikationsanlagen und Leistungen zum Kühlen der Räume für

Telekommunikation und elektronisches Stellwerk, bei denen auch die Herstellung elektrischer Anschlüsse und die Montage von Regelthermostaten, von Starkstromanschlüssen sowie Brandschutzmaßnahmen vorgesehen seien. Für diese Bereiche wäre daher jedenfalls das Gewerbe "Technisches Büro für Elektrotechnik" nachzuweisen gewesen. Nach Einsicht in die Gewerberegister verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenbar nicht über diese Befugnisse. Das Leistungsbild der gegenständlichen Ausschreibung erfordere auch die Befugnis eines "Ingenieurbüros für Elektrotechnik". Eine solche Befugnis weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin aber offenbar nicht auf. So sei etwa gemäß der Leistungsbeschreibung unter Punkt C.5.17 (Erdung TK-Anlagen) und Punkt C.5.18 (Klimaanlagen) auch die "Überwachung elektrotechnische Leistungen" vorgesehen, welche aufgrund der bezüglichen Schutzbestimmungen ausschließlich durch befugte Elektrotechniker (Paragraphen 106, in Verbindung mit 33 Absatz eins, GewO) überwacht werden dürfte. Dies betreffe konkret die Überwachung der Erdung der Telekommunikationsanlagen und Leistungen zum Kühlen der Räume für Telekommunikation und elektronisches Stellwerk, bei denen auch die Herstellung elektrischer Anschlüsse und die Montage von Regelthermostaten, von Starkstromanschlüssen sowie Brandschutzmaßnahmen vorgesehen seien. Für diese Bereiche wäre daher jedenfalls das Gewerbe "Technisches Büro für Elektrotechnik" nachzuweisen gewesen. Nach Einsicht in die Gewerberegister verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin offenbar nicht über diese Befugnisse.

Soweit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, einer Tochtergesellschaft der C***, der Zuschlag erteilt werden solle, sei darauf hinzuweisen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach Kenntnis der Antragstellerin keine ausreichende Referenzen und auch keine ausreichende Leistungsfähigkeit zur Abwicklung des gegenständlichen Leistungsumfanges vorweisen könne. Sie müsse sich daher in ihrem Angebot auf Referenzen ihrer Muttergesellschaft, der C***, berufen haben bzw. diese auch als Subunternehmerin benannt haben.

Soweit sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Referenzen ihrer Muttergesellschaft berufe, sei dies nur zulässig, wenn die Muttergesellschaft eine ausreichende "Zurverfügungstellungserklärung" abgegeben habe. Ein Unternehmen könne im Fall fehlender oder unzureichender Leistungsfähigkeit seine fachliche Eignung dadurch nachweisen, dass es beweise (verbindliche Erklärung), dass es während des Auftragszeitraumes tatsächlich über die konkreten Mittel dieses Unternehmens, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich seien, verfüge. Auch die Anrechnung von Referenzen im Konzernverbund habe die tatsächliche Verfügbarkeit zur Voraussetzung. Alleine die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören würden, reiche zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus. Eine unrichtige Zurechnung eines genannten Referenzprojektes oder einer sonstigen Angabe zur technischen Leistungsfähigkeit laufe den allgemeinen Vergabegrundsätzen (Gleichbehandlung) zuwider.

Falls mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine "Zurverfügungstellungserklärung" der C*** nicht abgegeben worden sei oder Referenzangaben unzulässig vermischt worden seien, sei die Wertung der Referenzen unzulässig und wäre das Angebot mangels Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auszuschneiden.

Nach Kenntnis der Antragstellerin arbeite die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht ständig mit dem für die Arbeitsdurchführung des gegenständlichen Auftrags notwendigen Personal. Auch aus diesem Grunde sei die Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fraglich.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass ihr gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Der ihr drohende Schaden könne nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Die Interessensabwägung müsse zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen. Ohne die einstweilige Verfügung könnte der Auftraggeber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, deren Angebot auszuschneiden sei und deren Angebot nicht das beste Angebot sei, den Zuschlag erteilen. Nach der Zuschlagserteilung könnte die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nur mehr zu Schadenersatzansprüchen führen. Ein Auftragserhalt für die Antragstellerin wäre hingegen ausgeschlossen. Nur durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sei ein wirksamer Rechtsschutz gewährleistet. Besondere Umstände, welche eine rasche Auftragserteilung begründen würden, seien in der Ausschreibung nicht erwähnt. Auch habe der Auftraggeber kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt, sodass ein besonderes öffentliches Interesse an einer raschen Auftragserteilung nicht zu erkennen sei.

Mit Schriftsatz vom 4. Februar 2010 gab der Auftraggeber, vertreten durch X***, zum gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst allgemein bekannt, dass Auftraggeber die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, sei. Eine vergebende Stelle sei nicht vorhanden. Es handle sich um einen

Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert ohne USt des verfahrensgegenständlichen Bauloses "A1-Grundausrüstung" belaufe sich auf ca Euro XXXX. Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren gemäß § 192 Abs 6 iVm § 195 Z 1 BVergG. Mit Schriftsatz vom 4. Februar 2010 gab der Auftraggeber, vertreten durch X***, zum gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst allgemein bekannt, dass Auftraggeber die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, sei. Eine vergebende Stelle sei nicht vorhanden. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert ohne USt des verfahrensgegenständlichen Bauloses "A1-Grundausrüstung" belaufe sich auf ca Euro römisch 40 . Es handle sich um ein Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 6, in Verbindung mit Paragraph 195, Ziffer eins, BVergG.

Das Verfahren sei als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden. Eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EG bzw in der Wr. Zeitung sei daher nicht erfolgt. Die Wahl dieser Verfahrensart gründe sich darauf,, dass das ursprüngliche Verfahren (Anm: ein Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb) betreffend denselben Verfahrensgegenstand erfolglos geblieben sei. Das Verfahren sei als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden. Eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EG bzw in der Wr. Zeitung sei daher nicht erfolgt. Die Wahl dieser Verfahrensart gründe sich darauf,, dass das ursprüngliche Verfahren (Anmerkung, ein Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb) betreffend denselben Verfahrensgegenstand erfolglos geblieben sei.

Es sei eine Eignungsprüfung durchgeführt worden (im Rahmen einer im Zuge des Verfahrens erfolgten Interessensbekundung). Der Versand der Ausschreibungsunterlagen an die präqualifizierten Bewerber sei am 17.9.2009 erfolgt. Als Ende der Angebotsfrist sei der 19.10.2009 festgelegt gewesen.

Die Öffnung der Angebote sei - unter notarieller Aufsicht - durch eine Expertenkommission erfolgt. Das Angebotsöffnungsprotokoll sei notariell hinterlegt.

Der Zuschlag werde nach dem Bestbieterprinzip erteilt. Die Prüfung der Angebote sei kommissionell erfolgt. Bestbieter sei jener Bieter, dessen Angebot den niedrigsten Gesamtbewertungsfaktor aufweise. Die Ermittlung des Gesamtbewertungsfaktors erfolge gemäß Teil H, "Kriterien für die Bestbieterermittlung".

Als das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei das Angebot der B*** ermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei mittels Telefax am 15.12.2009 bekannt gegeben worden..

Die Antragstellerin habe daraufhin am 28.12.2009 ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Am 4.1.2010 habe das BVA eine einstweilige Verfügung erlassen und dem Auftraggeber zeitlich befristet untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 12.1.2010 seien die Bieter von der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung (datierend vom 15.12.2009) verständigt worden. In der Folge habe das BVA am 14.1.2010 das Nachprüfungsverfahren eingestellt; die Wirkungen der einstweiligen Verfügung seien weggefallen.

Am 20.1.2010 sei den Bietern eine neue Zuschlagsentscheidung samt detaillierter Bewertungsmatrix übermittelt worden. Die Zuschlagsentscheidung basiere auf der Ermittlung nachstehender Gesamtbewertungsfaktoren sowie nachstehender Bieterreihung:

Präsumtive Zuschlagsempfängerin (Gesamtbewertungsfaktor 1,054)

Antragstellerin (Gesamtbewertungsfaktor 1,174)

Bietergemeinschaft X*** (Gesamtbewertungsfaktor YYY).

Nach Prüfung der Angemessenheit der Preise und aufgrund des Ergebnisses der kommissionellen technischen Bewertungen sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin ermittelt worden.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschrieben worden. Eine Widerrufsentscheidung bzw ein Widerruf seien nicht erfolgt. Der Zuschlag sei nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab. Es werde beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück-, in eventu abzuweisen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist - unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Hauptverfahrens - die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Diese ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur AG sind zu 100% der ÖBB-Holding vorbehalten (vgl §§ 29a Abs 3 und 30 Bundesbahngesetz). Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§ 2 Bundesbahngesetz). Die ÖBB-Infrastruktur AG ist eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur; sie ist sohin im Sektorenbereich tätig (vgl BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist - unvorgreiflich anderer Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Hauptverfahrens - die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Diese ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur AG sind zu 100% der ÖBB-Holding vorbehalten vergleiche Paragraphen 29 a, Absatz 3 und 30 Bundesbahngesetz). Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Die ÖBB-Infrastruktur AG ist eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur; sie ist sohin im Sektorenbereich tätig vergleiche BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27).

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv § 6 BVergG zu qualifizieren. Dieser soll in einem nicht offenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro XXXX, sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und den im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in der Folge für die Zuschlagserteilung in Betracht käme. Da seitens des Auftraggebers die Erteilung des Zuschlages auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, 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. Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 6, BVergG zu qualifizieren. Dieser soll in einem nicht offenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro römisch 40 , sodass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und den im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in der Folge für die Zuschlagserteilung in Betracht käme. Da seitens des Auftraggebers die Erteilung des Zuschlages auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, 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.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht und ist daher e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Pauschalgebühren sind nach

der derzeitigen Rechtslage für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich nicht zu entrichten. Da auch die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht und ist daher e contrario Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig vergleiche BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7, 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Pauschalgebühren sind nach der derzeitigen Rechtslage für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich nicht zu entrichten. Da auch die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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

Gemäß § 329 Abs 3 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 der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt 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 3, 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag der Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt 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.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden eigenen Interessen bzw kein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens vorgebracht.

Demgegenüber hat die Antragstellerin den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe demnach im Gewinnentgang, in den frustrierten Kosten der Angebotserstellung sowie den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Weiters würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens in der Projektplanung zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085- BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.). Andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand, durch entsprechendes Handeln und die möglichst späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz auszuschalten. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens in der Projektplanung zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085- BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.). Andernfalls hätte es der Auftraggeber in der Hand, durch entsprechendes Handeln und die möglichst späte Einleitung des Beschaffungsvorganges den vergaberechtlichen Rechtsschutz auszuschalten.

Auch liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u. a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.). Auch liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u. a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtsschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Es besteht kein Zweifel daran, dass der gegenständliche Auftrag für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellt. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 18.11.2008, N/0145- BVA/09/2008-EV14; BVA 16.12.2009, N/0123-BVA/09/2009-EV19). Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen würden, wurden nicht vorgebracht. Der Senatsvorsitzende vermag auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen zu erkennen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden.

Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist. Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens auch das gelindeste zum Ziel führende Mittel.

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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