

TE Verg Bescheid 2009/12/17 N/0115-BVA/12/2009-35EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.12.2009

Norm

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §326

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §269 Abs1 Z6

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
 2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
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 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG durch den ersten Vertreter des Vorsitzenden des Senates 12, Mag. Bernhard Ditz, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Hauptbahnhof Wien, Baulos 2 - Anlage Süd, Baumeisterarbeiten" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG, (vormals: ÖBB-Infrastruktur Bau

Aktiengesellschaft), Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch Y***, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG durch den ersten Vertreter des Vorsitzenden des Senates 12, Mag. Bernhard Ditz, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Hauptbahnhof Wien, Baulos 2 - Anlage Süd, Baumeisterarbeiten" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur AG, (vormals: ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft), Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch Y***, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der Auftraggeberin vom 14. Dezember 2009, "die mit Bescheid vom 26.11.2009, N/0115-BVA/12/2009-EV7, erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 329 Abs. 3 BVergG unverzüglich aufzuheben," Dem Antrag der Auftraggeberin vom 14. Dezember 2009, "die mit Bescheid vom 26.11.2009, N/0115-BVA/12/2009-EV7, erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG unverzüglich aufzuheben,"

wird stattgegeben.

Die im Nachprüfungsverfahren N/0115-BVA/12/2009 des Bundesvergabeamtes zum Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Wien, Baulos 2 - Anlage Süd, Baumeisterarbeiten" mit Bescheid vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009-EV7, erlassene einstweilige Verfügung, womit der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Wien, Baulos 2 - Anlage Süd, Baumeisterarbeiten" zu erteilen, wird mit sofortiger Wirksamkeit aufgehoben.

Rechtsgrundlage: § 329 Abs 3 BVergG 2006 Rechtsgrundlage: Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006

Begründung

Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2009 stellte die ÖBB-Infrastruktur AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, als Auftraggeberin im Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Wien, Baulos 2 - Anlage Süd, Baumeisterarbeiten", vertreten durch Y*** den im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegebenen Antrag und begründete diesen folgendermaßen:

"Die Voraussetzungen, die zur Erteilung der EV geführt haben, sind weggefallen.

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Mit Bescheid vom 26.11.2009 hatte das Bundesvergabeamt dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben, die begehrte einstweilige Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Wien, Baulos 02 - Anlage Süd" untersagt wird, "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens" erlassen und dazu im Rahmen der angestellten Interessensabwägung ausgeführt, dass eine lediglich 6-wöchige Verzögerung durch das anhängige Nachprüfungsverfahren vor dem BVA (vgl. die Entscheidungsfrist des § 326 BVergG) nicht automatisch dazu führen würde, dass der vertragliche Beginn der Bauarbeiten am 2. Februar 2010 nicht mehr einhaltbar wäre. Insbesondere hat das Bundesvergabeamt dazu auch festgehalten, dass das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach damit gerechnet werden müsse, dass aufgrund des beantragten Sachverständigengutachtens die 6-wöchige Entscheidungsfrist des BVA nicht mehr einhaltbar wäre, auf den (noch nicht vorhersehbaren) weiteren Gang des Ermittlungsverfahrens abziele und daher im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht berücksichtigt werden könne. Mit Bescheid vom 26.11.2009 hatte das Bundesvergabeamt dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben, die begehrte einstweilige Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Wien, Baulos 02 - Anlage Süd" untersagt wird, "für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens" erlassen und dazu im Rahmen der angestellten Interessensabwägung ausgeführt, dass eine lediglich 6-wöchige Verzögerung durch das anhängige Nachprüfungsverfahren vor dem BVA vergleiche die Entscheidungsfrist des Paragraph 326, BVergG) nicht automatisch dazu führen würde, dass der vertragliche Beginn der Bauarbeiten am 2. Februar 2010 nicht mehr einhaltbar wäre. Insbesondere hat das Bundesvergabeamt dazu auch festgehalten, dass das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach damit gerechnet werden müsse, dass aufgrund des

beantragten Sachverständigengutachtens die 6-wöchige Entscheidungsfrist des BVA nicht mehr einhaltbar wäre, auf den (noch nicht vorhersehbaren) weiteren Gang des Ermittlungsverfahrens abziele und daher im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht berücksichtigt werden könne.

Das diesbezügliche Vorbringen der Antragsgegnerin hat sich jedoch durch den weiteren Gang des Ermittlungsverfahrens inzwischen bestätigt.

Mit Telefax vom 11.12.2009 wurde die Antragsgegnerin von der Anberaumung der mündlichen Verhandlung für 25. Jänner 2010, 14:00 Uhr, verständigt. Da somit feststeht, dass im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine mündliche Verhandlung erst am 25. Jänner 2010 stattfinden wird und daher die 6-wöchige Entscheidungsfrist, welche am 02.01.2010 enden würde und dadurch, zusätzlich zur zweiwöchigen Vorbereitungsfrist, auch der geplante Baubeginn keinesfalls mehr eingehalten werden kann, liegen die Voraussetzungen, die zur Erteilung der einstweiligen Verfügung geführt haben, nicht länger vor.

Die Antragsgegnerin erhebt ausdrücklich ihr Vorbringen in ihrer

1. 1.Ziffer eins

Stellungnahme vom 24.11.2009 und die damit bereits vorgelegten Bescheinigungsmittel auch zum Vorbringen im gegenständlichen Antrag und führt zur drohenden Gefährdung öffentlicher Interessen und Interessen der Antragsgegnerin ergänzend wie folgt aus:

2. 1.Ziffer eins

Besonderes öffentliches Interesse an der fristgerechten Errichtung des Projekts – Einhaltung geplanter Baubeginn für Baulos 02 unbedingt erforderlich

Wie die Auftraggeberin bereits in ihrer 1. Stellungnahme vom 24.11.2009 ausgeführt hat, handelt es sich beim gegenständlichen Baulos 02 um Bauarbeiten, welche im Bereich der ab 13.12.2009 gesperrten Südbahn zwischen dem Bahnhof Wien Meidling und dem Wiener Südbahnhof liegen, sodass eine Verzögerung des Bauloses 02 im Zusammenhang mit dem gesamten Infrastrukturprojekt Hauptbahnhof Wien steht. Dieser Gesamtzusammenhang wurde auch vom Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 26.11.2009 als ausdrücklich plausibel und nachvollziehbar bestätigt. Das Infrastrukturprojekt Hauptbahnhof Wien ist eines der wesentlichsten Infrastrukturprojekte und von globaler verkehrswirtschaftlicher und öffentlicher Bedeutung. Die betroffenen Eisenbahnstrecken sind Hochleistungsstrecken im Sinne des Hochleistungsstreckengesetzes und liegen zudem im Kreuzungspunkt dreier vorrangiger europäischer Eisenbahnvorhaben und sind damit Bestandteil der Hauptachsen PP 17, PP22 und PP23 des Transeuropäischen Netzes (TEN). Mit der Schaffung einer hochleistungsfähigen Nord-Süd- und Ost-West-Verbindung wird der Bahnhof zur wichtigsten Drehscheibe für den regionalen, nationalen und internationalen Reiseverkehr und zu einem zentralen Knotenpunkt im transeuropäischen Schienennetz. An der zeitgerechten Errichtung des Infrastrukturprojektes, dem gemäß § 1 Hochleistungsstreckengesetz idgF besondere Bedeutung für einen leistungsfähigen Verkehr mit internationalen Verbindungen sowie für den Nahverkehr zukommt, besteht daher ein besonderes öffentliches Interesse aus verkehrs- und volkswirtschaftlicher Sicht, sowohl national als auch auf EU-Ebene, und damit auch an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, um eine zeitgerechte Projektfertigstellung zu gewährleisten. Wie die Auftraggeberin bereits in ihrer 1. Stellungnahme vom 24.11.2009 ausgeführt hat, handelt es sich beim gegenständlichen Baulos 02 um Bauarbeiten, welche im Bereich der ab 13.12.2009 gesperrten Südbahn zwischen dem Bahnhof Wien Meidling und dem Wiener Südbahnhof liegen, sodass eine Verzögerung des Bauloses 02 im Zusammenhang mit dem gesamten Infrastrukturprojekt Hauptbahnhof Wien steht. Dieser Gesamtzusammenhang wurde auch vom Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 26.11.2009 als ausdrücklich plausibel und nachvollziehbar bestätigt. Das Infrastrukturprojekt Hauptbahnhof Wien ist eines der wesentlichsten Infrastrukturprojekte und von globaler verkehrswirtschaftlicher und öffentlicher Bedeutung. Die betroffenen Eisenbahnstrecken sind Hochleistungsstrecken im Sinne des Hochleistungsstreckengesetzes und liegen zudem im Kreuzungspunkt dreier vorrangiger europäischer Eisenbahnvorhaben und sind damit Bestandteil der Hauptachsen PP 17, PP22 und PP23 des Transeuropäischen Netzes (TEN). Mit der Schaffung einer hochleistungsfähigen Nord-Süd- und Ost-West-Verbindung wird der Bahnhof zur wichtigsten Drehscheibe für den regionalen, nationalen und internationalen Reiseverkehr und zu einem zentralen Knotenpunkt im transeuropäischen Schienennetz. An der zeitgerechten Errichtung des Infrastrukturprojektes, dem gemäß Paragraph eins, Hochleistungsstreckengesetz idgF besondere Bedeutung für einen leistungsfähigen Verkehr mit internationalen Verbindungen sowie für den Nahverkehr zukommt, besteht daher ein besonderes öffentliches Interesse aus verkehrs- und volkswirtschaftlicher Sicht, sowohl

national als auch auf EU-Ebene, und damit auch an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens, um eine zeitgerechte Projektfertigstellung zu gewährleisten.

1. 2.Ziffer 2

Unverschiebbares, starres Ablaufkonzept

Der Bau des neuen Bahnhofs muss bei laufendem Bahnbetrieb erfolgen. Es bedurfte deshalb intensiver Koordination und intelligenter Ersatzlösungen und Provisorien, um die Behinderungen für die Bahnkunden im Nah- und Fernverkehr, Anrainer und andere Verkehrsteilnehmer möglichst gering zu halten. Das umfassende Provisorium durch Sperre des Südbahnhofs und Verlagerung zum Bahnhof Meidling ist am Sonntag, den 13. Dezember 2009, in Kraft getreten.

Die Sperre des Streckenabschnittes der Südbahn, welche mit 13.12.2009 in Kraft getreten ist, stellt eine massive betriebliche Veränderung im internen Produktionsablauf der Antragsgegnerin sowie massive Einschränkung für Bahnkunden, Verkehrsteilnehmer und Anrainer dar, welche einer erheblichen Vorbereitungszeit im Hinblick auf die Betriebsplanung, die Fahrplangestaltung/-kundmachung und Informationsarbeit bedarf, weswegen sie zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr zurückgenommen oder auch nur verändert werden kann.

Das Provisorium und der Umleitungsverkehr bleiben von Dezember 2009 für drei Jahre bis zur Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofes im Dezember 2012 bestehen. Die Realisierung des Gesamtprojektes und auch des gegenständlichen Bauloses 02 unterliegt daher zur Gewährleistung des Bahnverkehrs während der gesamten Bauphase einem starren unverschiebbaren Terminplan und einem rigiden Ablaufkonzept.

1. 3.Ziffer 3

Verspäteter Baubeginn aufgrund des starren und unveränderbaren Ablaufkonzepts und UVP-Auflagen auch nicht durch Forcierung einholbar

Da der vertragliche Beginn der Bauarbeiten mit einer Vorlaufzeit von mindestens 14 Tagen bekannt gegeben werden muss und die vorlaufenden Arbeiten (andere Gewerke wie z.B. Gleisabtrag, Einbautenumlegungen) bereits unmittelbar nach Weihnachten beginnen, da dafür bereits Gleissperren festgelegt worden sind, in die sich die Bauarbeiten von Baulos 02 nahtlos einfügen müssen, kann bei Aufrechterhaltung der erlassenen einstweiligen Verfügung ein fristgerechter Baubeginn mit 02. Februar 2010 keinesfalls mehr sichergestellt werden.

Für einen Baubeginn am 02.02.2010 müsste die Zuschlagserteilung allerspätestens am 18.01.2010 erfolgen – zu diesem Zeitpunkt hat aber noch nicht einmal die mündliche Verhandlung stattgefunden. Selbst wenn im besten Fall mit einer Bescheiderlassung und Zustellung bereits binnen Wochenfrist nach der mündlichen Verhandlung zu rechnen wäre, kommt es somit jedenfalls zu einer Verzögerung des Baubeginns um mindestens zwei Wochen. Der Bauzeitplan sieht generell keine Winterpause vor. Stehzeiten sind ausdrücklich nicht vorgesehen. Eine derartige Verzögerung des Beginns der Arbeiten an Baulos 02 kann daher, wenn überhaupt, nur mit Forcierungsmaßnahmen (z.B. Nacht- und Wochenendarbeit) aufgeholt werden. Gerade diese wären aber aufgrund des Baubescheids nicht zulässig:

Um die Verkehrsbeeinträchtigung durch das während der Bauarbeiten notwendige Provisorium und die Immissionsbelastungen so gering wie möglich zu halten, ist der Bauzeitplan wie oben ausgeführt zwingend einzuhalten und die Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien mit Fahrplanwechsel 2012 eine unbedingte Notwendigkeit. Aufgrund der Auflagen des UVP-Bescheides sind zudem Forcierungsarbeiten durch Nacht- und Wochenendarbeit praktisch nicht möglich.

Hinzu kommt, dass aufgrund der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des Bahnbetriebs während der Bauzeit auf der gesamten Strecke Abweichungen vom Bauzeitplan aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeiten der betreffenden Baulose, insbesondere Baulos 01 und Baulos 02, und damit eine flexible Vorverlegung einzelner Arbeiten in den Losen nicht möglich sind. Aufgrund dieser tagesgenauen komplexen zeitlichen Abstimmung im Rahmen des Ablaufkonzepts des Gesamtprojekts kann daher eine entstehende Verzögerung bei verspätetem Baubeginn selbst mit erhöhtem finanziellen Aufwand innerhalb der geplanten Termine nicht mehr aufgeholt werden.

1. 4.Ziffer 4

Aufrechterhaltung der EV und verspäteter Baubeginn von Baulos 02 gefährdet Inbetriebnahmetermin

Ein auch nur um zwei Wochen verspäteter Baubeginn des Bauloses 02 führt damit zu einer unmittelbar drohenden aktuellen Gefährdung des Fertigstellungszeitpunkts für das Gesamtprojekt und der Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien mit Dezember 2012.

Das Baulos 02 stellt gemeinsam mit Baulos 01 den künftigen Hauptbahnhof Wien dar, der zur wichtigsten Drehscheibe

für den regionalen, nationalen und internationalen Reiseverkehr und damit zu einem zentralen Knotenpunkt im transeuropäischen Schienennetz werden soll. Die zügige Fertigstellung des Hauptbahnhofes ist für Wien als Tourismusmetropole, Fernverkehrsknotenpunkt aber auch als Wirtschaftsstandort im Herzen Europas, wesentlich. Die unbedingte Sicherstellung der Teilinbetriebnahme mit Dezember 2012 ist daher eine absolute Notwendigkeit, zu der kein adäquates Alternativszenario auch nur denkbar ist.

Ein fristgerechter Baubeginn mit Februar 2010 ist daher von essentiellen öffentlichen und volkswirtschaftlichen Interesse, da die Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien mit Fahrplanwechsel im Dezember 2012 unbedingt eingehalten werden muss. Eine Verzögerung des Baubeginns der gegenständlichen Arbeiten würde zu einer unmittelbar drohenden Bauzeitverlängerung des Gesamtprojektes und damit des bestehenden Bahnprovisoriums über die veranschlagten 3 Jahre hinaus um mindestens ein ganzes Jahr führen, da ein Fahrplanwechsel stets nur im Dezember im Rahmen des gesamteuropäischen Fahrplanwechsels nach vorangehender EU-weiter Abstimmung vorgenommen werden kann.

Kann die Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien mit Fahrplanwechsel Dezember 2012 nicht gehalten werden, so führt dies nämlich nicht lediglich zu einer Verlängerung der massiven Verkehrsbeeinträchtigungen um die tatsächliche Zeit der Verzögerung der Baufertigstellung, sondern kann der Hauptbahnhof Wien aufgrund der notwendigen Vorlaufzeiten und EU-weiten Abstimmungen erst ein ganzes Jahr verspätet mit Dezember 2013 in den Fahrplan aufgenommen werden.

Eine Verzögerung des Baubeginns für Baulos 02 würde damit nicht nur zu erheblichen Mehrkosten für die Antragsgegnerin sondern vor allem zu erheblichen volkswirtschaftlichen Kosten aufgrund der Verkehrsbeeinträchtigung und verspäteten Inbetriebnahme führen.

1. 5.Ziffer 5

Volkswirtschaftliches Interesse und geschädigte Interessen der Antragsgegnerin

Nach Rechtssprechung und Literatur sind unter öffentlichen Interessen die Gefährdung von Leib, Leben, Gesundheit und Eigentum sowie die Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen zu verstehen (BVA 29.12.2003, 02N-147/03-5; RPA 2001, 129 [132]; RPA 2004, 285 [293]). Durch die Aufrechterhaltung der erlassenen einstweiligen Verfügung wären volkswirtschaftliche und öffentliche Interessen gefährdet, da eine verlängerte Bauzeit bis zur Inbetriebnahme nicht nur mit einer verlängerten Immissionsbeeinträchtigung (Lärm, Staub, etc.), sondern mit einer erheblichen Beeinträchtigungen des Bahnverkehrs, insbesondere auch des europäischen Fernverkehrs, durch Fortdauer des Bahnprovisoriums verbunden wären. Aus dem geschädigten öffentlichen Interesse und den mit einer Verzögerung verbundenen volkswirtschaftlichen Kosten resultiert wiederum die Schädigung der Antragsgegnerin, welche mit einem drohenden Kundenverlust aufgrund der Unzufriedenheit der Kunden zu rechnen hätte. Dazu hat die Auftraggeberin in ihrer 1. Stellungnahme zum EV-Antrag der Antragstellerin vom 24.11.2009 bereits eine erste ziffernmäßige Abschätzung zur Glaubhaftmachung der drohenden volkswirtschaftlichen Kosten erstattet.

Als durchschnittlicher Zeitkostenansatz im Öffentlichen Verkehr wurde in einer Studie von König et al rund EUR XXX pro Stunde empfohlen (König, Axhausen, Abay, Zeitkostenansätze im Personenverkehr, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 2004). Rechnet man auf Basis des durchschnittlichen Bruttostundenverdienstes gemäß Verdienststrukturerhebung der Statistik Austria 2006 Zeitkosten durch Zeitverlust direkt in Geldkosten um, indem ein erhöhter Zeitbedarf als Verdienstentgang angesehen wird, kommt man mit einem Kostenansatz von EUR XXX pro Stunde zu einem ähnlichen Ergebnis. Als durchschnittlicher Zeitkostenansatz im Öffentlichen Verkehr wurde in einer Studie von König et al rund EUR römisch 30 pro Stunde empfohlen (König, Axhausen, Abay, Zeitkostenansätze im Personenverkehr, Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, 2004). Rechnet man auf Basis des durchschnittlichen Bruttostundenverdienstes gemäß Verdienststrukturerhebung der Statistik Austria 2006 Zeitkosten durch Zeitverlust direkt in Geldkosten um, indem ein erhöhter Zeitbedarf als Verdienstentgang angesehen wird, kommt man mit einem Kostenansatz von EUR römisch 30 pro Stunde zu einem ähnlichen Ergebnis.

Die in dieser ersten Abschätzung von der Auftraggeberin genannten Zahlen der betroffenen Verkehrsteilnehmer erweisen sich noch als weit dramatischer, als von der Auftraggeberin aufgrund vorsichtiger erster Schätzung (ca. 80.000 Personen täglich) veranschlagt.

Mit erfolgter Inbetriebnahme des Provisoriums am 13.12.2009 frequentieren täglich rund 110.000 Personen den Verkehrsknotenpunkt Meidling. Wenn durch erforderliche Betriebseinschränkungen in der Bauphase diese Personen täglich auch nur 10 Minuten ihrer Zeit verlieren – was sich aufgrund der Erfahrungen am ersten Tag des

Bahnprovisoriums bereits als optimistische Schätzung darstellt – führt dies zu geschätzten volkswirtschaftliche Kosten von rund EUR XXX pro Tag durch den reinen Zeitverlust allein für die betroffenen Verkehrsteilnehmer; nicht eingerechnet weitere externe Kosten des Verkehrs durch Umstieg von Bahn auf den PKW-Verkehr, Kosten durch Staus im Straßenverkehr sowie die die nichtverkehrsteilnehmenden Anrainer und die Allgemeinheit treffenden externen Kosten (Klimakosten, Luftverschmutzung, Lärm, Unfallkosten etc.). Mit erfolgter Inbetriebnahme des Provisoriums am 13.12.2009 frequentieren täglich rund 110.000 Personen den Verkehrsknotenpunkt Meidling. Wenn durch erforderliche Betriebseinschränkungen in der Bauphase diese Personen täglich auch nur 10 Minuten ihrer Zeit verlieren – was sich aufgrund der Erfahrungen am ersten Tag des Bahnprovisoriums bereits als optimistische Schätzung darstellt – führt dies zu geschätzten volkswirtschaftliche Kosten von rund EUR römisch 30 pro Tag durch den reinen Zeitverlust allein für die betroffenen Verkehrsteilnehmer; nicht eingerechnet weitere externe Kosten des Verkehrs durch Umstieg von Bahn auf den PKW-Verkehr, Kosten durch Staus im Straßenverkehr sowie die die nichtverkehrsteilnehmenden Anrainer und die Allgemeinheit treffenden externen Kosten (Klimakosten, Luftverschmutzung, Lärm, Unfallkosten etc.).

Dies nur für eine Verlängerung des Bahnprovisoriums für den Personenverkehr um einen einzigen Tag (!). Kann die Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofs Wien mit Fahrplanwechsel Dezember 2012 jedoch nicht gehalten werden, so führt dies wie oben dargestellt nicht lediglich zu einer Verlängerung des Bahnprovisoriums um die tatsächliche Zeit der Verzögerung der Baufertigstellung, sondern kann der Hauptbahnhof Wien erst ein ganzes Jahr verspätet mit Dezember 2013 in den Fahrplan aufgenommen werden, was insgesamt volkswirtschaftliche Kosten von mehr als EUR XXX verursachen würde. Dies nur für eine Verlängerung des Bahnprovisoriums für den Personenverkehr um einen einzigen Tag (!). Kann die Teilinbetriebnahme des Hauptbahnhofs Wien mit Fahrplanwechsel Dezember 2012 jedoch nicht gehalten werden, so führt dies wie oben dargestellt nicht lediglich zu einer Verlängerung des Bahnprovisoriums um die tatsächliche Zeit der Verzögerung der Baufertigstellung, sondern kann der Hauptbahnhof Wien erst ein ganzes Jahr verspätet mit Dezember 2013 in den Fahrplan aufgenommen werden, was insgesamt volkswirtschaftliche Kosten von mehr als EUR römisch 30 verursachen würde.

Zu beachten ist weiters, dass seit 3. Dezember 2009 die Verpflichtung zur Leistung von Entschädigungszahlungen an Bahnkunden bei Zugverspätungen besteht. Die Zeitverluste führen daher nicht nur zu den bezifferten volkswirtschaftlichen Schäden, sondern auch zu unmittelbaren Kosten für die ÖBB, zumal die Entschädigungspflicht durch nationales Gesetz auch auf den Regional- und Nahverkehr ausgedehnt wird.

Hinzu kommen noch die volkswirtschaftlichen Kosten aus der Behinderung des Güterverkehrs, welcher während der Bauzeit durch großräumige Umleitung ebenfalls Beschränkungen unterliegt, und die damit verbundenen Behinderungen im Personenverkehr im Raum Niederösterreich durch Schienenersatzverkehre, da aufgrund der Gleisbelegung und begrenzten Zeit zum Um- und Aussteigen am Bahnsteig nicht alle Züge nach Wien geführt werden können. Insbesondere bedingt die Umleitung von Güterzügen auf der eingleisigen Strecke Tulln - Herzogenburg - St. Pölten die Führung von Reisezügen als Schienenersatzverkehr.

Zu berücksichtigen sind weiters die betriebswirtschaftlichen Kosten für die Antragsgegnerin aus einer um ein Jahr verspäteten Inbetriebnahme des Hauptbahnhofs Wien, einschließlich der erhöhten Betriebskosten für das Bahnprovisorium.

Die ausführliche Darstellung des gegenständlichen Sachverhaltes wird weiters durch Unterfertigung des Schriftsatzes durch die Rechtvertreterin der Antragsgegnerin bescheinigt, darüber hinaus kann die zuständige Projektleiterin DI Judith Engel bei Detailfragen binnen einer halben Stunde stellig gemacht werden.

1. 6.Ziffer 6

Ausreichende Bescheinigung aktueller, akuter Gefährdung des Inbetriebnahmetermins bei verspätetem Baubeginn Festzuhalten ist, dass es im Rahmen des Provisorialverfahrens und der anzustellenden Interessensabwägung lediglich um die Bescheinigung einer unmittelbar drohenden Interessensgefährdung geht, somit um die plausible und nachvollziehbare Bescheinigung der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts aufgrund der Verzögerung der Zuschlagserteilung, und nicht um den Beweis eines tatsächlichen Schadenseintritts, der notwendigerweise nur ex-post festgestellt werden kann. Dies gilt auch für den von der Antragstellerin bescheinigten drohenden Schaden. Dass nämlich dieser wie von ihr behauptet der Zuschlag zu erteilen wäre (was ausdrücklich bestritten wird), steht – insbesondere im Hinblick auf die nunmehr im Ermittlungsverfahren zu prüfende Antragslegitimation der Antragstellerin – erst mit Abschluss des Nachprüfungsverfahrens fest. Was aber für die Antragstellerin gilt, muss auch für die Bescheinigung durch die

Auftraggeberin gelten. Ein zwingender Nachweis des Schadenseintritts würde das Wesen des Provisorialverfahrens geradezu konterkarieren. Dass im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die 6-wöchige Entscheidungsfrist und damit auch der geplante Baubeginn nicht mehr eingehalten werden kann ist evident.

Dass aber bei einer Verzögerung des Baubeginns des Bauloses 02 aufgrund des starren Bauzeitplans und komplexen Ablaufkonzepts für das Gesamtprojekt wegen der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung des laufenden Bahnbetriebs, der Unverschiebbarkeit des Datums der Teilinbetriebnahme mit Dezember 2012 und der aus verkehrs- und volkswirtschaftlichen Gründen unbedingt erforderlichen Einhaltung dieses Termin, des EU-weit abzustimmenden nur einmal jährlich möglichen Fahrplanwechsels und der Unmöglichkeit von Forcierung durch Nacht- und Wochenendarbeit eine Verlängerung des Bahnprovisoriums und damit der bescheinigten volkswirtschaftlichen Schäden akut, aktuell und unmittelbar droht, hat die Auftraggeberin klar plausibel und nachvollziehbar belegt (BVA 24.09.2004, 12N-89/04-10; 9.5.2007, N/0044- BVA/04/2007-EV14).

Im Ergebnis stehen daher wie ausgeführt der Aufrechterhaltung der begehrten einstweiligen Verfügung das besondere öffentliche Interesse an einer Fortführung des Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der zeitgerechten Fertigstellung des Hauptbahnhofs Wien (Teilinbetriebnahme mit Fahrplanwechsel Dezember 2012), die aus einer allfälligen Verzögerung resultierende konkrete Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen sowie die geschädigten Interessen der Antragsgegnerin entgegen, welche die möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin bei weitem überwiegen.

1. 7.Ziffer 7

Verzögerung des Ermittlungsverfahrens nicht von der Antragsgegnerin zu vertreten

Die Antragsgegnerin hat alles daran gesetzt, eine möglichst zügige Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu erreichen, sodass die Verzögerung des Ermittlungsverfahrens von ihr nicht zu vertreten ist. Sie hat alle Vergabeakten so rasch wie möglich vorgelegt, die erforderlichen Auskünfte fristgerecht erstattet, ist dem inhaltlichen Vorbringen der Antragstellerin begründet und umfassend entgegengetreten und ist auch dem von der mitbeteiligten Partei erstatteten begründeten Einwendungen zur Antragslegitimation der Antragstellerin unverzüglich nachgegangen. Die Antragsgegnerin kann sich aber angesichts des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin und insbesondere ihres mit Urkundenvorlage vom 11.12.2009 vorgelegten Antwortschreibens auf das Ersuchen um Aufklärung der Antragsgegnerin vom 03.12.2009, in dem sie sich nicht einmal ansatzweise bemüht hat, den Einwendungen konkret und in quantifizierbarer Weise zu begegnen, des Eindrucks nicht erwehren, dass die Antragstellerin in Kenntnis der immensen Wichtigkeit eines pünktlichen Baubeginns "auf Zeit spielt" und sich nicht um eine zügige Durchführung des von ihr angestrebten Nachprüfungsverfahrens bemüht.

1. 8.Ziffer 8

Keine Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin

Aufgrund der gegebenen Sach- und Rechtslage auf Grundlage der Stellungnahmen der Antragsgegnerin und der begründeten Einwendungen der mitbeteiligten Partei ist auch klar ersichtlich, dass die Antragsteller auch keine Chance auf Erlangung des Auftrages hat, womit es auch aus diesem Grund an einem schutzwürdigen Interesse an der weiteren Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung fehlt.

Das Vorbringen der Antragstellerin entbehrt jeder Grundlage und ist aus Sicht der Antragsgegnerin nur als konstruierte Bemühung aufzufassen, das Vergabeverfahren zu verzögern. Nach dem gegebenen Stand des Ermittlungsverfahrens sind die vorgebrachten Argumente der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag schon durch bloße Einsicht in den vorgelegten Vergabeakt klar entkräftet und bestehen nach der Aktenlage im Gegenteil zumindest erhebliche Zweifel an der Antragslegitimation der Antragstellerin.

Vorbringen Antragstellerin Vergabeakt und Aktenlage

Nachprüfungsantrag Ermittlungsverfahren

Ad 7.1. finanzielle und wirtschaftliche Erfüllt – der geforderte Mindestumsatz wird sogar

Leistungsfähigkeit der präsumtiven bei weitem überstiegen, die Bonität der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin Zuschlagsempfängerin ist

gleich gut bzw. übertrifft
sogar jene der Mitglieder
der BIEGE.

Ad 7.2 Behauptete mangelnde Erfüllt – die geforderten
technische Leistungsfähigkeit Referenzen liegen umfassend
der präsumtiven dokumentiert vor.

Zuschlagsempfängerin

Ad 7.2.2 Personalstand der Als Eignungskriterium gar
präsumtiven nicht gefordert; der
Zuschlagsempfängerin Personalstand ist mehr als
ausreichend und wird der
behauptete Personaleinsatz
nicht einmal von der
Antragstellerin ihrem
Angebot zugrunde gelegt.

Ad 7.2.2 Feuerwerker Erfüllt – Nachweise wurden
vorgelegt und Verfügbarkeit
Subunternehmer nachgewiesen.

Ad 7.3 Befugnis der präsumtiven Erfüllt – aufgrund der
Zuschlagsempfängerin uneingeschränkten Befugnis
für das Baumeistergewerbe
eindeutig gegeben.

Ad. 7.4 Angebliche nicht Durch das Ergebnis der
plausible Zusammensetzung des vertieften Angebotsprüfung
Angebotspreises der präsumtiven eindeutig widerlegt.
Zuschlagsempfängerin

Ad 7.5 Bauzeitplan Erfüllt – wie gefordert mit
dem Angebot abgegeben.

1. 9.Ziffer 9

Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin im Feststellungsverfahren gewahrt

Zum Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin ist festzuhalten, dass es dieser unbenommen ist, ihre Interessen in einem Feststellungsverfahren weiter geltend zu machen. Das Interesse an einer weiteren Verhinderung des Vertragsschlusses hat aber im konkreten Fall aufgrund der besonderen Ausnahmesituation und dem Umstand, dass das Ermittlungsverfahren trotz aller Bemühungen der Antragsgegnerin an einer zügigen Verfahrensdurchführung nicht in der gesetzlich vorgesehenen 6-Wochenfrist beendet werden kann, zurückzustehen.

Unter Abwägung aller Umstände führt die anzustellende Interessensabwägung auf Basis des aktuellen Standes des Ermittlungsverfahrens daher zum Ergebnis, dass einerseits keine schützwürdigen Interessen des Antragstellers zu sichern sind und andererseits ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung klar gegeben ist, sodass die einstweilige Verfügung aufzuheben ist."

Der Schriftsatz der Auftraggeberin vom 14. Dezember 2009 wurde unmittelbar nach Einlangen im Bundesvergabeamt am 14. Dezember 2009 an die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin und an die antragstellende Bietergemeinschaft

übermittelt. Von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin wurde in einem Schriftsatz vom 14. Dezember 2009 replizierend Folgendes ausgeführt:

1. "1.Ziffer eins

Voraussetzungen für den Erlass und die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung

1.1 Eine einstweilige Verfügung ist nur dann zu erlassen, wenn sämtliche der drei folgenden Voraussetzungen vorliegen:

1. a)Litera a

dem Antrag stellenden Unternehmen dürfen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006 - dies sind:dem Antrag stellenden Unternehmen dürfen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins B, römisch fünf e, r, g, G, 2006 - dies sind:

ein bestehendes Interesse am Abschluss des Vertrages sowie das Entstehen oder das Drohen eines durch die Vergaberechtswidrigkeit verursachten Schadens - nicht offensichtlich fehlen,

2. b)Litera b

die einstweilige Verfügung muss nötig und geeignet sein, eine Schädigung berechtigter Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern, und

3. c)Litera c

die möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers müssen das öffentliche Interesse des Auftraggebers an der Fortführung des Vergabeverfahrens überwiegen.

1.2 Fallen die Voraussetzungen, die zum Erlass der einstweiligen Verfügung geführt haben, weg, ist diese unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben.

1.3 Im gegenständlichen Fall ist die erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben, weil sämtliche der für ihren Erlass geforderten Voraussetzungen, falls sie je vorlagen, weggefallen sind:

1. a)Litera a

Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 BVergG 2006, da ihr die Antragslegitimation fehlt und zudem kein unwiederbringlicher Schaden droht;Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006, da ihr die Antragslegitimation fehlt und zudem kein unwiederbringlicher Schaden droht;

2. b)Litera b

Die behaupteten Rechtswidrigkeiten liegen allesamt evident nicht vor;

3. c)Litera c

Es besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fortführung des Vergabeverfahrens, welches die rein theoretischen geschädigten Interessen der Antragstellerin klar überwiegt.

1. 2.Ziffer 2

Fehlende Antragslegitimation

2.1 Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Vergabekontrollbehörde den Nachprüfungsantrag eines Bieters, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, aber nicht ausgeschieden wurde, mangels Antragslegitimation zurückzuweisen, und zwar deshalb, weil diesem Bieter durch die bekämpfte Zuschlagsentscheidung kein Schaden entstehen kann. Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages hat die Vergabekontrollbehörde auch auf hinreichend konkrete Einwände einer Verfahrenspartei einzugehen und einen zwar vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen, aber aus den Akten hinreichend ersichtlichen Ausscheidensgrund heranzuziehen.

2.2 Das Vergabeverfahren hat hervorgebracht, dass es für die Bildung der antragstellenden Bietergemeinschaft keine plausible und nachvollziehbare Begründung gibt. Selbst die Antragstellerin geht von einer "überdimensionierten" Bietergemeinschaft aus und bestätigt damit die Einwendungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

2.3 Die Antragstellerin wurde von der Antragsgegnerin am 03.12.2009 schriftlich aufgefordert, plausibel und nachvollziehbar darzulegen, weshalb die Bildung der Bietergemeinschaft in concreto notwendig war, um ein Erfolg versprechendes Angebot legen zu können. Der Antragstellerin wurde dafür eine Frist von einer Woche eingeräumt. Die Antragstellerin hat in ihrem Schreiben vom 10.12.2009 keinen einzigen konkreten Grund nennen können, der die Bildung der Bietergemeinschaft - abgesehen von der beabsichtigten Beschränkung des Wettbewerbs - wirtschaftlich

und unternehmerisch rechtfertigen hätte können. Sie lieferte keinen einzigen (!) konkreten Anhaltspunkt dafür, weshalb eine Bündelung der Ressourcen unbedingt erforderlich war, um ein Angebot legen zu können. Die Antragstellerin unterlässt es darzustellen, welche Baugeräte für das ausgeschriebene Los von welchem ihrer Mitglieder abgestellt werden hätte sollen, welche Kapazitäten welches Mitglied zum Zeitpunkt der Angebotslegung anderweitig blockiert waren, welches Personal zur Abwicklung des Auftrages notwendig ist, über welches Personal welches Mitglied zum Zeitpunkt der Angebotslegung verfügte und welches Personal welches Mitglied für den Auftrag abstellen hätte sollen sowie überhaupt welche Aufgaben welches Mitglied im Zuge des Bauvorhabens eigentlich übernehmen hätte sollen. Den Nachweis, dass in concreto kein Mitglied der Bietergemeinschaft für sich alleine oder nur ein Zusammenschluss aller vier Mitglieder in der Lage gewesen war, ein Angebot zu legen und den Auftrag zu erfüllen, bleibt sie somit trotz ausdrücklicher Aufforderung schuldig.

2.4 Zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung war dieser Umstand nicht, jedenfalls nicht hinreichend offenkundig. Durch die begründeten Einwendungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die nunmehr von der Antragsgegnerin vorgelegten Urkunden ist aber klar und zweifelsfrei dokumentiert, dass es sich bei der antragstellenden Bietergemeinschaft um ein Kartell im Sinne des Art 81 Abs 1 EGV sowie § 1 KartG handelt, welches den Ausscheidenstatbestand des § 269 Abs 1 Z 6 BVergG verwirklicht. Die Antragsgegnerin wird in concreto dadurch geschädigt, dass ihr eben nicht vier, drei oder zumindest zwei Angebote zur Auswahl stehen, sondern nur jenes "gebündelte" der Bietergemeinschaft. Durch den Zusammenschluss von vier überaus potenten und in Konkurrenz zueinander stehenden Bauunternehmen wird die Zahl der konkurrierenden Bieter stark reduziert und damit der Wettbewerbsdruck spürbar reduziert. 2.4 Zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung war dieser Umstand nicht, jedenfalls nicht hinreichend offenkundig. Durch die begründeten Einwendungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die nunmehr von der Antragsgegnerin vorgelegten Urkunden ist aber klar und zweifelsfrei dokumentiert, dass es sich bei der antragstellenden Bietergemeinschaft um ein Kartell im Sinne des Artikel 81, Absatz eins, EGV sowie Paragraph eins, KartG handelt, welches den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG verwirklicht. Die Antragsgegnerin wird in concreto dadurch geschädigt, dass ihr eben nicht vier, drei oder zumindest zwei Angebote zur Auswahl stehen, sondern nur jenes "gebündelte" der Bietergemeinschaft. Durch den Zusammenschluss von vier überaus potenten und in Konkurrenz zueinander stehenden Bauunternehmen wird die Zahl der konkurrierenden Bieter stark reduziert und damit der Wettbewerbsdruck spürbar reduziert.

2.5 Wie wenig die Bildung einer Bietergemeinschaft notwendig war, zeigt nicht nur der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ganz allein und ohne Zusammenschluss mit einem weiteren Bauunternehmen in der Lage war, ein sehr attraktives Angebot zu legen. Wie die A*** via Presseaussendung zudem mitteilte, erhielt sie den Zuschlag für den Umbau des Salzburger Hauptbahnhofes mit einem Angebotspreis von netto EUR XXX, und dies ganz alleine ohne die Bildung einer Bietergemeinschaft. Das Angebot wurde am 16.04.2009 gelegt. Das Bauvorhaben ist laut Darstellung der Antragsgegnerin offenbar einiges komplexer als das gegenständliche Baulos 2 des Wiener Hauptbahnhofes. Die A*** hat zudem ihre Mitarbeiterzahl im heurigen Jahr von 50 auf 200 vervierfacht - von Fachkräftemangel keine Rede. Auch die A*** hat laut Darstellung der Antragsgegnerin als Einzelbieter ein Angebot für den Umbau des Salzburger Hauptbahnhofes gelegt. Während diese beiden Mitglieder bei der Vergabe des Auftrages für den Umbau des Salzburger Hauptbahnhofes noch als Wettbewerber gegeneinander angetreten sind, haben sie sich diesen Bieterwettstreit beim Los 2 für den Wiener Hauptbahnhof erspart. Dies verdeutlicht, dass es überhaupt keine sachliche Rechtfertigung für die Bildung einer derart potenten Bietergemeinschaft gegeben hat. 2.5 Wie wenig die Bildung einer Bietergemeinschaft notwendig war, zeigt nicht nur der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ganz allein und ohne Zusammenschluss mit einem weiteren Bauunternehmen in der Lage war, ein sehr attraktives Angebot zu legen. Wie die A*** via Presseaussendung zudem mitteilte, erhielt sie den Zuschlag für den Umbau des Salzburger Hauptbahnhofes mit einem Angebotspreis von netto EUR römisch 30 , und dies ganz alleine ohne die Bildung einer Bietergemeinschaft. Das Angebot wurde am 16.04.2009 gelegt. Das Bauvorhaben ist laut Darstellung der Antragsgegnerin offenbar einiges komplexer als das gegenständliche Baulos 2 des Wiener Hauptbahnhofes. Die A*** hat zudem ihre Mitarbeiterzahl im heurigen Jahr von 50 auf 200 vervierfacht - von Fachkräftemangel keine Rede. Auch die A*** hat laut Darstellung der Antragsgegnerin als Einzelbieter ein Angebot für den Umbau des Salzburger Hauptbahnhofes gelegt. Während diese beiden Mitglieder bei der Vergabe des Auftrages für den Umbau des Salzburger Hauptbahnhofes noch als Wettbewerber gegeneinander angetreten sind, haben sie sich diesen Bieterwettstreit beim Los 2 für den Wiener Hauptbahnhof erspart. Dies verdeutlicht, dass es überhaupt keine sachliche Rechtfertigung für die Bildung einer derart potenten Bietergemeinschaft gegeben hat.

2.6 Die Antragstellerin wäre daher zwingend auszuschneiden gewesen.

3. Die behaupteten Rechtswidrigkeiten liegen ganz offenkundig nicht vor

3.1 Es ist mehr als bescheinigt, dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten allesamt nicht vorliegen.

3.2 Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat sämtliche in der Ausschreibung geforderte Eignungskriterien erfüllt. Der geforderte Mindestumsatz wird nicht nur erfüllt, sondern überschritten. Die geforderten Referenzen wurden allesamt ausreichend dokumentiert und ebenso erfüllt. Der geforderte Feuerwerker wurde namhaft gemacht und klar als Subunternehmer, wie von der Ausschreibung gefordert, benannt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über all jene Befugnisse, die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sind. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist nicht nur plausibel zusammengesetzt, sondern jedenfalls mehr als bloß kostendeckend und berücksichtigt sämtliche unternehmerischen Risiken. Der Bauzeitplan wurde wie gefordert mit dem Angebot vorgelegt.

3.3 Es ergibt sich daher bereits aus der Aktenlage, dass alle behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht vorliegen. Die Vergabesache ist daher aus Sicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entscheidungsreif. Weitere Beweisaufnahmen führen lediglich zu einer unnötigen Verzögerung des Vergabeprozesses. Auch aus diesem Grund ist die einstweilige Verfügung aufzuheben.

4. Überwiegen des öffentlichen Interesses

4.1. Die einzelnen Mitglieder der Antragstellerin behaupten, im Bereich der ausgeschriebenen Leistungen über hinreichend Erfahrungen und damit konsequenterweise auch über hinreichende Referenzen zu verfügen. Sie haben entsprechende Referenzen zur Darstellung ihrer Eignung vorgelegt. Das Interesse an einer Nutzung eines Auftrages als Referenz für zukünftige Ausschreibungen stellt zwar grundsätzlich ein die Antragslegitimation rechtfertigender Umstand dar. Im gegenständlichen Fall liegt dieses Interesse an der Nutzung des Auftrages als Referenz für zukünftige Aufträge nicht vor, da die Mitglieder der Antragstellerin bereits über hinreichend einschlägige Referenzen verfügen.

4.2 Als einziges Interesse seitens der Antragstellerin verbleibt damit ein rein wirtschaftliches, welches darin gelegen ist, aus dem Auftrag einen Gewinn zu erzielen. Dieses rein monetäre Interesse bleibt aber in jedem Fall auch dadurch gewahrt, dass die Antragstellerin - sollten die behaupteten Rechtswidrigkeiten tatsächlich vorliegen - jederzeit nicht nur ihre Kosten, sondern auch das Erfüllungsinteresse aus dem Titel des Schadenersatzes gelten machen könnte. Der Antragstellerin droht somit kein unwiederbringlicher Schaden, falls die einstweilige Verfügung aufgehoben werden sollte.

4.3 Das rein wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin rechtfertigt es auch nicht, ein für die Öffentlichkeit derart bedeutsames Bauvorhaben noch länger zu verzögern. Das öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, wie von der Antragsgegnerin ausführlich dargestellt, überwiegt daher bei weitem das Interesse an der Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung.

4.4 Hinzuzufügen ist, dass allfällige Verzögerungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht von der Antragsgegnerin verursacht wurden. Ihr kann die Dauer des Vergabeverfahrens daher nicht vorgeworfen werden.

5. Antrag

5.1 Die präsumtive Zuschlagsempfängerin stellt den Antrag: Das Bundesvergabeamt möge die mit Bescheid vom 26.11.2009, N/0115-BVA/12-2009-EV7, erlassene einstweilige Verfügung aufheben."

Die Antragstellerin führte zum Aufhebungsantrag der Auftraggeberin vom 14. Dezember 2009 in einem Schriftsatz vom 16. Dezember 2009 Folgendes aus:

1. "1.Ziffer eins

Die Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung liegen weiterhin vor

Einleitend ist sogleich festzuhalten, dass das Vorbringen der Auftraggeberin bereits im Ansatz verfehlt ist. Denn die gesamte Argumentation baut darauf auf, dass der Baubeginn unbedingt und spätestens mit 2. Februar 2009 erfolgen und sodann das weitere, starre und nicht verschiebbare Ablaufkonzept eingehalten werden müsse. Unabhängig von der Richtigkeit dieser Behauptungen (siehe dazu unten) misslingt der schlüssige Nachweis (samt Bescheinigung), dass

diese Umstände durch das vorliegende – auch länger als 6 Wochen dauernde – Nachprüfungsverfahren beeinträchtigt wären, schon aus folgendem Grund, der bei einem Blick in den von der Auftraggeberin vorgesehenen Bauablauf ersichtlich wird:

Laut den von der Auftraggeberin (Antragsgegnerin) im Rahmen des Vergabeverfahrens übergebenen Bauzeit- und Bauphasenplänen sollen die wesentlichen Arbeiten des Auftragnehmers des Bauloses 02, mit Ausnahme der auftragnehmereigenen Baustelleneinrichtung sowie Kanal- und Wasserleitungsarbeiten in einem örtlich sehr eng begrenzten Teil (nämlich der Kleingartenanlage Bereich Landgutgasse; Wert dieser speziellen Arbeiten lediglich EUR XXX) frühestens mit 6. April 2010 beginnen. Im Übrigen sind für den Zeitraum vom 2. Februar 2010 bis Anfang April 2010 seitens der Antragsgegnerin ausschließlich Arbeiten von ÖBB-Dienststellen und bereits beauftragten Dritten (konkret von den Auftragnehmern der Baulose 01 und 03) sowie Einbautenumlegungen durch die Stadt Wien vorgesehen. Alle diese "Fremd-Arbeiten" stehen aber insofern in keinerlei Zusammenhang mit den hier ausgeschriebenen Arbeiten, als diese ohne Beeinflussung durch den Verlauf des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens genau nach den terminlichen Vorgaben und damit ohne Behinderung abgewickelt werden können. Eine Gefährdung des Ablaufes des Gesamtbauvorhabens ist daher auch bei einem bis Jänner/Februar 2010 dauernden Nachprüfungsverfahren nicht gegeben. Laut den von der Auftraggeberin (Antragsgegnerin) im Rahmen des Vergabeverfahrens übergebenen Bauzeit- und Bauphasenplänen sollen die wesentlichen Arbeiten des Auftragnehmers des Bauloses 02, mit Ausnahme der auftragnehmereigenen Baustelleneinrichtung sowie Kanal- und Wasserleitungsarbeiten in einem örtlich sehr eng begrenzten Teil (nämlich der Kleingartenanlage Bereich Landgutgasse; Wert dieser speziellen Arbeiten lediglich EUR römisch 30) frühestens mit 6. April 2010 beginnen. Im Übrigen sind für den Zeitraum vom 2. Februar 2010 bis Anfang April 2010 seitens der Antragsgegnerin ausschließlich Arbeiten von ÖBB-Dienststellen und bereits beauftragten Dritten (konkret von den Auftragnehmern der Baulose 01 und 03) sowie Einbautenumlegungen durch die Stadt Wien vorgesehen. Alle diese "Fremd-Arbeiten" stehen aber insofern in keinerlei Zusammenhang mit den hier ausgeschriebenen Arbeiten, als diese ohne Beeinflussung durch den Verlauf des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens genau nach den terminlichen Vorgaben und damit ohne Behinderung abgewickelt werden können. Eine Gefährdung des Ablaufes des Gesamtbauvorhabens ist daher auch bei einem bis Jänner/Februar 2010 dauernden Nachprüfungsverfahrens nicht gegeben.

Um in der Diktion der Auftraggeberin zu bleiben, versucht diese offenbar durch Verschleierung dieser Umstände eine für sie positive Position durchzusetzen.

Im Übrigen ist Folgendes anzuführen:

Gleichzeitig mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages hat die Antragstellerin den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Dazu wurde dargelegt, dass sich für Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen als eigentlicher Bestbieterin einerseits in Form des Entganges eines wichtigen Referenzprojektes und andererseits auch als entgangener kalkulierter Gewinn ergeben könnte, zumal eine bloße ex-post-Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung bzw -erteilung die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen kann. Nur die einstweilige Untersagung der Zuschlagserteilung ist als gelindestes Mittel geeignet, die unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin hintanzuhalten. Dies korrespondiert auch mit der ständigen Judikatur der Vergabekontrollbehörden.

Das Bundesvergabeamt hat nach Vornahme der gebotenen Interessensabwägung den Antrag der Antragstellerin auf Erlassung der einstweiligen Verfügung völlig zutreffend bewilligt.

Die Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung nach § 329 Abs 3 BVergG 2006 kann nach dem Gesetzeswortlaut (arg "Voraussetzungen [...] weggefallen sind") und nach einhelliger Judikatur nur dann in Betracht kommen, wenn zwischen Erlassung der einstweiligen Verfügung einerseits und dem Antrag auf Aufhebung derselben andererseits wesentliche Sachverhaltsänderungen eintreten (vgl BVA 27.7.2006, N/0054- BVA/09/2006-EV33). Die Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 kann nach dem Gesetzeswortlaut (arg "Voraussetzungen [...] weggefallen sind") und nach einhelliger Judikatur nur dann in Betracht kommen, wenn zwischen Erlassung der einstweiligen Verfügung einerseits und dem Antrag auf Aufhebung derselben andererseits wesentliche Sachverhaltsänderungen eintreten vergleiche BVA 27.7.2006, N/0054- BVA/09/2006-EV33).

Den nunmehrigen Ausführungen der Auftraggeberin sind allerdings keinerlei neue Sachverhaltsaspekte, die zum Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung noch nicht vorgelegen haben, zu entnehmen.

Unabhängig davon, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Beginn der Bauarbeiten exakt am 2. Februar 2010 und nicht etwa eine Woche danach erfolgen kann bzw weshalb an der Einhaltung genau dieses Termins an eben jenem Baubeginn ein besonderes öffentliches Interesse bestehe, ist dieses Vorbringen bereits in die Interessensabwägung des Bundesvergabeamtes, die letztendlich zur Stattgebung der einstweiligen Verfügung führte, eingeflossen.

Ebenso nicht neu bzw auch unzutreffend sind die seitens der Auftraggeberin dargestellten, unverschiebbaren, starren Ablaufkonzepte. Auch diesbezüglich hat das Bundesvergabeamt im Zusammenhang mit der Erlassung der einstweiligen Verfügung kein besonderes, durch die Verzögerung infolge der einstweiligen Verfügung gefährdetes Interesse gesehen.

Die angesprochene Vorlaufzeit von 14 Tagen, die durch die UVP-Auflagen vorgegeben sei, vermag – abgesehen davon, dass es sich hierbei ebenfalls um kein neues Sachverhaltselement handelt – kein überwiegendes Interesse der Auftraggeberin zu begründen. Da sich das gegenständliche Bauvorhaben über einen beträchtlichen Zeitraum, nämlich weit mehr als 4 Jahre erstreckt, vermag die kurzfristige Verzögerung durch die einstweilige Verfügung bzw die Dauer des Nachprüfungsverfahrens in Relation hiezu nicht ins Gewicht zu fallen (ua BVA vom 27.10.2008, N/0133-BVA/14/2008- EV7). Da die mündliche Verhandlung bereits für den 25. Jänner 2009 anberaumt ist, wäre – Obsiegen der Auftraggeberin vorausgesetzt – die Einhaltung des für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Termins ohnedies nahezu haltbar.

Soweit die Auftraggeberin darüber hinaus in ihrer Stellungnahme lang und breit darzustellen versucht, dass die Verzögerung des gesamten Vergabeverfahrens ihre eigenen Interessen und jene der Öffentlichkeit gefährdet, übersieht sie, dass sie nach ständiger Judikatur verpflichtet ist, bei der Erstellung eines Projektzeitplanes die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und damit einhergehend der Verzögerungen zu berücksichtigen. Dabei hätte sie auch bedenken müssen, dass die Wahrscheinlichkeit von Nachprüfungsverfahren mit der Größe des Auftrages insbesondere auch mit jener des Auftragswertes erheblich ansteigt. Auf die besondere Dringlichkeit kann sich die Auftraggeberin sohin nicht berufen. Weiters besteht auch keineswegs eine Gefahr für Leib und Leben. Darüber hinaus wird nochmals darauf hingewiesen, dass die Auftraggeberin offensichtlich kein besonderes Interesse an einer raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens hatte, da sie ansonsten von vornherein die Ausschreibung früher hätte durchführen müssen und anstelle der gewählten fünfmonatigen Zuschlagsfrist eine einmonatige vorgesehen hätte. In dem Zusammenhang ist auch zu bemerken, dass die Angebotsöffnung bereits am 15. September 2009, die Zuschlagsentscheidung hingegen erst am 6. November 2009 erfolgt ist. Die Auftraggeberin hat sich sohin nahezu 7 Wochen für die Angebotsprüfung Zeit gelassen. Das nunmehr dargestellte "Chaos-Szenario" hat sich die Auftraggeberin daher ausschließlich selbst zuzuschreiben.

Die Verzögerung des Beschaffungsvorganges hat die Auftraggeberin durch Zeitpunkt und Gestaltung der Ausschreibung selbst in Kauf genommen (ua BVA vom 21.8.2006, N/0069-BVA/04/2006-10, BVA vom 11.10.2004, 7N-95/04-10). Bemerkt sei an dieser Stelle auch, dass die von der Auftraggeberin nunmehr aufgestellte Behauptung, dass die Antragstellerin "auf Zeit spiele" (siehe Punkt 7., Seite 12 des Aufhebungsantrages), daher ein Umkehrung der Tatsachen ist.

Im Hinblick darauf, dass die Sicherstellung der Auftragserteilung an die Antragstellerin als tatsächlichem Bestbieter, dem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens letztendlich dienen soll, im öffentlichen Interesse liegt (VfGH vom 15.10.2001, B 1369/01), fällt die Interessensabwägung zugunsten der Antragstellerin aus, weshalb die Voraussetzungen für die erlassene einstweilige Verfügung auch weiterhin vorliegen. Von einem Wegfall der Voraussetzungen, die zum Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung vorlagen, kann daher – zumal auch keine Sachverhaltsänderungen eingetreten sind – keine Rede sein.

Abschließend sei dazu noch angemerkt, dass die von der Auftraggeberin nunmehr breit ausgeführte unzulängliche Situation nach Sperre des Südbahnhofes beim Bahnhof Wien-Meidling einerseits nichts mit der Antragstellerin zu tun hat, sondern vielmehr in die alleinige Verantwortung der Auftraggeberin fällt. Andererseits fehlt es auch an einem nachvollziehbaren Vorbringen, welchen Einfluss eine – wenn überhaupt – kurzfristige Verzögerung durch eine im Jänner/Februar 2010 zu erwartende Entscheidung des BVA auf die weitere Bauentwicklung hätte. Denn die schlichte Behauptung, dass "Forcierungsarbeiten durch Nacht- und Wochenendarbeit praktisch unmöglich" seien (Aufhebungsantrag Punkt 3., Seite 5) und eine Koordination mit anderen Baulosen erforderlich sei (Aufhebungsantrag Punkt 3., Seiten 5 und 6), reicht dazu nicht aus. So liegt auch kein schlüssiges Vorbringen (und Bescheinigungen)

darüber vor, dass mit anderen Losen koordinierte weitere Forcierungen (etwa durch verstärkten Personaleinsatz) oder geringfügig geänderte Bauabläufe gerade nicht möglich wären. Dies alles auch in Anbetracht einer Baudauer von mehr als 4 Jahren (!). Dabei ist auch zu beachten, dass ganz allgemein Anpassungen und Änderungen auch von zeitlichen Abläufen derartigen Bauvorhaben geradezu immanent ist, sodass auch schon aus diesem Grund kein nachteiliger Einfluss durch die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung zu erwarten ist.

Im Übrigen ist im Sinne der einleitenden Ausführungen zu berücksichtigen, dass laut den von der Auftraggeberin (Antragsgegnerin) im Rahmen des Vergabeverfahrens übergebenen Bauzeit- und Bauphasenplänen die wesentlichen Arbeiten des Auftragnehmers des Bauloses 02 frühestens mit dem 6. April 2010 beginnen sollen. Eine Gefährdung des Ablaufes des Gesamtbauvorhabens "Hauptbahnhof" ist daher auch bei einem bis Jänner/Februar 2010 dauernden Nachprüfungsverfahren nicht gegeben.

1. 2.Ziffer 2

Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages und Antragslegitimation

Nicht nachvollziehbar sind die Ausführungen der Auftraggeberin, wonach der geltend gemachte Nachprüfungsantrag als "konstruierte Bemühung aufzufassen ist, das Vergabeverfahren zu verzögern". Das nunmehrige Vorgehen der Auftraggeberin verdeutlicht vielmehr, dass die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag "ins Schwarze getroffen" hat.

Wie im Nachprüfungsantrag bereits dargestellt bzw in der replizierenden Stellungnahme noch ausführlich zu erörtern sein wird, ist die Zuschlagsentscheidung mit einer Fülle von Rechtswidrigkeiten behaftet, die zu deren Nichtigerklärung führen. So mangelt es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insbesondere auch an der aufgrund der bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen finanziellen Leistungsfähigkeit. Darüber hinaus ist auch die technische Leistungsfähigkeit der Mitbewerberin nicht gegeben. Weiters weisen die von ihr angebotenen Preise eine Reihe von Spekulationen auf bzw sind nicht plausibel zusammengesetzt. Zu diesen Punkten wird die Antragstellerin noch detailliert (fristgerecht) Stellung nehmen.

Den Versuch der Auftraggeberin, den – offenbar – unliebsamen Nachprüfungsantrag durch den formularhaften Einwand abzuwenden, die Antragstellerin habe ein Kartell gebildet und sei aus diesem Grunde auszuschneiden, hat die Antragstellerin durch ein umfangreiches und klar nachvollziehbares Aufklärungsschreiben entkräftet (dieses Schreiben ist den Schriftsätzen der Auftraggeberin angeschlossen). Ohne auf die darin enthaltenen Ausführungen irgendwie einzugehen, wiederholt die Auftraggeberin schlicht die Vorwürfe, dass sich vier große Unternehmungen in concreto zusammengeschlossen hätten und damit bereits per se (und daher ohne Beachtung des Einzelfalles) gegen kartellrechtliche Vorschriften bzw gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes verstößen worden sei.

Die Ausführungen der Antragstellerin, weshalb in concreto kein Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft für sich allein in der Lage gewesen ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot zu legen und den Auftrag selbständig zu erfüllen, werden von der Auftraggeberin vollständig ignoriert. Die Auftraggeberin wertet zB. die Argumente der Antragstellerin als Schutzbehauptung, weil sich die Bietergemeinschaft in der selben Konstellation für das Baulos 01 beworben hatte, und nach dem diese nicht zum Zuge gekommen war, ohnehin Kapazitäten für das Baulos 02 freigeworden wären. Die Auftraggeberin übersieht hierbei, dass zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe für das Baulos 02 das Vergabeverfahren für das Baulos 01 noch nicht abgeschlossen war, sich daher zu diesem Zeitpunkt berechtigte Hoffnungen für die Zuschlagserteilung für beide Bauvorhaben machen konnte und gerade auch deswegen es keinem Mitglied der Bietergemeinschaft möglich gewesen wäre, ein Angebot jeweils allein oder in einer kleineren Bietergemeinschaft abzugeben.

Im Übrigen ist die Antragslegitimation der Antragstellerin im Hinblick auf die Judikatur des VwGH (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095-7) jedenfalls zu bejahen, da der behauptete Ausscheidungsgrund dem Akteninhalt nicht zu entnehmen ist.

1. 3.Ziffer 3

Abschließende Anmerkungen

Abschließend ist daher anzuführen, dass – unbeschadet der weiteren Ausführungen der Auftraggeberin zu den Rahmenbedingungen der Errichtung des Hauptbahnhofes Wien – kein Zusammenhang zwischen einem länger als 6 Wochen dauernden Nachprüfungsverfahren und einer Beeinträchtigung des Zeitablaufes des Gesamtbauvorhabens

"Hauptbahnhof" gegeben ist. Die "Voraussetzungen, die zur [Erlassung der einstweiligen Verfügung] geführt haben", sind daher unverändert aufrecht.

Zum Ablauf des Nachprüfungsverfahrens ist noch auf das Vorbringen der Auftraggeberin, dass sie die Verzögerung des Ermittlungsverfahrens nicht zu vertreten habe, Folgendes zu entgegnen. Es überrascht doch sehr, dass einer der größten öffentlichen Auftraggeber Österreichs erst durch die in einem Nachprüfungsverfahren vorgebrachten Einwendungen einer präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf die Idee eines derartigen Ausscheidensgrundes gelangt, diesem dann aber "unverzüglich nachgegangen" sein will (Aufhebungsantrag Punkt 7. Seite 11). Gerade damit soll aber offenbar eine Komplexität und damit längere Dauer des Nachprüfungsverfahrens argumentiert werden (wobei diesem Vorbringen aber im Hinblick auf die oben zitierte Judikatur des VWGH, konkret mangels Schaffens der aktenkundigen Grundlagen durch die Auftraggeberin während des laufenden Vergabeverfahrens, für den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens, ohnedies keine Bedeutung zukommt).

Die Antragstellerin stellt daher den Antrag, die mit Bescheid vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12-2009-EV7, erlassene einstweilige Verfügung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren unverändert aufrechtzuerhalten."

Aufgrund der im Bundesvergabeamt eingelangten Stellungnahmen im Nachprüfungsverfahren und der dem Bundesvergabeamt übermittelten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird folgender für den gegenständlichen Antrag auf Aufhebung der mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009- EV7, erlassenen einstweiligen Verfügung, entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Beim Bundesvergabeamt wurde am 20. November 2009 auf der Grundlage eines Nachprüfungsantrages der Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren betreffend die allfällige Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren "Hauptbahnhof Wien, Baulos 2 - Anlage Süd, Baumeisterarbeiten" der Auftraggeberin eingeleitet. Der Nachprüfungsantrag vom 20. November 2009 wurde vom Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes dem Senat 12 zur Erledigung zugewiesen. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009-EV7, wurde eine einstweilige Verfügung erlassen, womit der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt wurde.

Der Vorsitzende des Senates 12 des Bundesvergabeamtes befindet sich krankheitsbedingt derzeit nicht im Dienst. Über Ersuchen des ersten Vertreters des Vorsitzenden des Senates 12 wurde vom Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes mit dem Vorsitzenden des Senates 12 am 10. Dezember 2009 telefonisch Kontakt aufgenommen, wobei der Vorsitzende des Senates 12 mitteilte, dass er sich auf unbestimmte Zeit im Krankenstand befinde.

Unmittelbar nach Bekanntwerden des Krankenstandes auf unbestimmte Zeit des Senatsvorsitzenden des Senates 12 erfolgte von dessen erstem Vertreter im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren entsprechend seiner persönlichen Verfügbarkeit eine Anberaumung einer ersten Senatsberatung (14. Jänner 2010) und einer mündlichen Verhandlung (25. Jänner 2010). Diese mündliche Verhandlung wurde den Verfahrensparteien mitgeteilt und sowohl auf der Amtstafel als auch elektronisch bekannt gemacht.

Die sechswöchige Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren endet unter Berücksichtigung von § 56 Abs. 6 BVergG am 4. Jänner 2010. Zu diesem Zeitpunkt befinden sich der erste Vertreter sowie die zweite Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 12 noch im Erholungsurlaub. Der Vorsitzende des Senates 12 wird daher zu diesem Zeitpunkt gemäß einer durchgeführten Recherche von seiner dritten Vertreterin vertreten. Die sechswöchige Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren endet unter Berücksichtigung von Paragraph 56, Absatz 6, BVergG am 4. Jänner 2010. Zu diesem Zeitpunkt befinden sich der erste Vertreter sowie die zweite Vertreterin des Vorsitzenden des Senates 12 noch im Erholungsurlaub. Der Vorsitzende des Senates 12 wird daher zu diesem Zeitpunkt gemäß einer durchgeführten Recherche von seiner dritten Vertreterin vertreten.

Im Schriftsatz der Auftraggeberin vom 14. Dezember 2009 erfolgte unter ausdrücklichem Hinweis auf ihren Schriftsatz vom 24. November 2009 eine nochmalige umfassende und nachvollziehbare Darlegung der volkswirtschaftlichen Interessen bzw. des besonderen öffentlichen Interesses, die gegen eine weitere Untersagung der Zuschlagserteilung sprechen. Es wurde darauf hingewiesen, dass eine Voraussetzung, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hat, nicht mehr gegeben sei, da das Nachprüfungsverfahren nicht innerhalb der sechswöchigen Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes abgeschlossen werden könnte, weshalb die einstweilige Verfügung

gemäß § 329 Abs. 3 BVergG aufzuheben sei. Im Schriftsatz der Auftraggeberin vom 14. Dezember 2009 erfolgte unter ausdrücklichem Hinweis auf ihren Schriftsatz vom 24. November 2009 eine nochmalige umfassende und nachvollziehbare Darlegung der volkswirtschaftlichen Interessen bzw. des besonderen öffentlichen Interesses, die gegen eine weitere Untersagung der Zuschlagserteilung sprechen. Es wurde darauf hingewiesen, dass eine Voraussetzung, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hat, nicht mehr gegeben sei, da das Nachprüfungsverfahren nicht innerhalb der sechswöchigen Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes abgeschlossen werden könnte, weshalb die einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG aufzuheben sei.

Dem gegenüber wird im Nachprüfungsantrag vom 20. November 2009 von der Antragstellerin auf den Entgang eines wichtigen Referenzprojektes für die Antragstellerin, den Entgang des kalkulierten Gewinnes bei Auftragserteilung sowie die frustrierten Kosten der Angebotslegung und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren hingewiesen. Im Schriftsatz vom 16. Dezember 2009 führt die Antragstellerin aus, dass die Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung weiterhin vorlägen und behauptet im Wesentlichsten zusammengefasst, dass mit den wesentlichen Arbeiten des Auftragnehmers des ausgeschriebenen Bauauftrages erst am 6. April 2010 begonnen werden soll, und dass keine wesentlichen Sachverhaltsänderungen im Sinne des § 329 Abs. 3 BVergG vorliegen würden, die eine Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung rechtfertigen würden. Dem gegenüber wird im Nachprüfungsantrag vom 20. November 2009 von der Antragstellerin auf den Entgang eines wichtigen Referenzprojektes für die Antragstellerin, den Entgang des kalkulierten Gewinnes bei Auftragserteilung sowie die frustrierten Kosten der Angebotslegung und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren hingewiesen. Im Schriftsatz vom 16. Dezember 2009 führt die Antragstellerin aus, dass die Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung weiterhin vorlägen und behauptet im Wesentlichsten zusammengefasst, dass mit den wesentlichen Arbeiten des Auftragnehmers des ausgeschriebenen Bauauftrages erst am 6. April 2010 begonnen werden soll, und dass keine wesentlichen Sachverhaltsänderungen im Sinne des Paragraph 329, Absatz 3, BVergG vorliegen würden, die eine Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung rechtfertigen würden.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009-EV7, wird ausgeführt, dass es durch das Nachprüfungsverfahren lediglich zu einer sechswöchigen Verzögerung des Vergabeverfahrens komme. Diese Annahme als Entscheidungsvoraussetzung ist jedoch widerlegt, zumal im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine mündliche Verhandlung im Bundesvergabeamt - unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der Vertreter des Vorsitzenden des Senates 12 - erst für

25. Jänner 2010 anberaumt werden konnte. Die im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009- EV7, angesprochene sechswöchige Entscheidungsfrist endet jedoch am

4. Jänner 2010. Das bedeutet, dass eine Voraussetzung (nämlich, dass über das Nachprüfungsbegehren innerhalb von

sechs Wochen entschieden wird, so dass es zu keiner Beeinträchtigung des besonderen öffentlichen Interesses kommt), die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hat, weggefallen ist. Da das Bundesvergabeamt unter Hinweis auf die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes in § 312 BVergG auch nicht zur Beurteilung und zur Entscheidung in Kartellrechtsangelegenheiten befugt ist (diese Frage ist vorweg im Rahmen der Antragslegitimation der antragstellenden Bietergemeinschaft zu klären), sind voraussichtlich auch diesbezügliche weitere Ermittlungsschritte erforderlich, sodass bereits jetzt absehbar ist, dass mit einer Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren jedenfalls nicht innerhalb von nur wenigen Tagen oder wenigen Wochen nach der mündlichen Verhandlung am 25. Jänner 2010 gerechnet werden kann. Dies umso mehr als die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren selbst die Einholung von Sachverständigengutachten beantragt hat und in ihrer Stellungnahme vom 16. Dezember 2009 neuerlich auf das Erfordernis zur Einholung von Sachverständigengutachten anspielt. Selbst wenn im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren kein Vertretungsfall des Senatsvorsitzenden eingetreten wäre, wäre eine Entscheidung des Bundesvergabeamtes innerhalb der sechswöchigen Entscheidungsfrist, die im aufgehobenen Bescheid angesprochen wurde, aufgrund der Komplexität des anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens (kartellrechtliche Abklärung im Hinblick auf die Klärung der Antragslegitimation sowie Sachverhaltsfragen, die durch externe Sachverständige in der Weihnachtszeit abgeklärt werden sollten) nicht einhaltbar. 4. Jänner 2010. Das bedeutet, dass eine Voraussetzung (nämlich, dass über das Nachprüfungsbegehren innerhalb von sechs Wochen entschieden wird, so dass es zu keiner Beeinträchtigung des besonderen öffentlichen Interesses kommt), die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hat, weggefallen ist. Da das Bundesvergabeamt unter Hinweis auf die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes in Paragraph 312, BVergG auch nicht zur Beurteilung und zur Entscheidung in Kartellrechtsangelegenheiten befugt ist (diese Frage ist vorweg im Rahmen der Antragslegitimation der antragstellenden Bietergemeinschaft zu klären), sind voraussichtlich auch diesbezügliche weitere Ermittlungsschritte erforderlich, sodass bereits jetzt absehbar ist, dass mit einer Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren jedenfalls nicht innerhalb von nur wenigen Tagen oder wenigen Wochen nach der mündlichen Verhandlung am 25. Jänner 2010 gerechnet werden kann. Dies umso mehr als die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren selbst die Einholung von Sachverständigengutachten beantragt hat und in ihrer Stellungnahme vom 16. Dezember 2009 neuerlich auf das Erfordernis zur Einholung von Sachverständigengutachten anspielt. Selbst wenn im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren kein Vertretungsfall des Senatsvorsitzenden eingetreten wäre, wäre eine Entscheidung des Bundesvergabeamtes innerhalb der sechswöchigen Entscheidungsfrist, die im aufgehobenen Bescheid angesprochen wurde, aufgrund der Komplexität des anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens (kartellrechtliche Abklärung im Hinblick auf die Klärung der Antragslegitimation sowie Sachverhaltsfragen, die durch externe Sachverständige in der Weihnachtszeit abgeklärt werden sollten) nicht einhaltbar.

Nach Auffassung des über den gegenständlichen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden ist jedenfalls das besondere öffentliche Interesse spätestens mit den Ausführungen der Auftraggeberin im Schriftsatz vom 14. Dezember 2009 hinreichend substantiiert dargelegt worden. Es ist auch aus diesem Vorbringen klar ersichtlich, warum und auch in welchem Ausmaß durch eine weitere Verzögerung im Vergabeverfahren das besondere öffentliche Interesse beeinträchtigt ist.

Wesentlich für den gegenständlichen Antrag auf Aufhebung der bestehenden Untersagung der Zuschlagserteilung ist der Umstand, dass die Voraussetzung, dass über das Nachprüfungsbegehren im Hauptverfahren vom Bundesvergabeamt innerhalb von sechs Wochen entschieden wird, weggefallen ist und somit eine der Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hat, nicht mehr gegeben ist. Warum diese Voraussetzung nicht mehr gegeben ist, ist bei einer Beurteilung im Sinne des § 329 Abs. 3 vorletzter Satz BVergG nicht zu berücksichtigen. Wäre bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung am 26. November 2009 festgestanden, dass die sechswöchige Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes nicht eingehalten werden kann und es daher durch ein Verbot der vorläufigen Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des besonderen öffentlichen Interesses kommen könnte, wäre jedenfalls bei der anzustellenden Interessenabwägung bereits zu diesem Zeitpunkt gemäß § 329 Abs. 1 BVergG zum Wohle des von der Auftraggeberin bereits im Schriftsatz vom 24. November 2009 sehr ausführlich dargestellten und nachvollziehbaren bzw. bescheinigten besonderen öffentlichen Interesses von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt wird, Abstand zu nehmen gewesen. Wesentlich für den gegenständlichen Antrag auf Aufhebung der bestehenden Untersagung der Zuschlagserteilung ist der Umstand, dass die Voraussetzung, dass über das Nachprüfungsbegehren im Hauptverfahren vom Bundesvergabeamt innerhalb von sechs Wochen entschieden

wird, weggefallen ist und somit eine der Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hat, nicht mehr gegeben ist. Warum diese Voraussetzung nicht mehr gegeben ist, ist bei einer Beurteilung im Sinne des Paragraph 329, Absatz 3, vorletzter Satz BVergG nicht zu berücksichtigen. Wäre bereits bei Erlassung der einstweiligen Verfügung am 26. November 2009 festgestanden, dass die sechswöchige Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes nicht eingehalten werden kann und es daher durch ein Verbot der vorläufigen Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des besonderen öffentlichen Interesses kommen könnte, wäre jedenfalls bei der anzustellenden Interessenabwägung bereits zu diesem Zeitpunkt gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG zum Wohle des von der Auftraggeberin bereits im Schriftsatz vom 24. November 2009 sehr ausführlich dargestellten und nachvollziehbaren bzw. bescheinigten besonderen öffentlichen Interesses von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt wird, Abstand zu nehmen gewesen.

Sofern die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 16. Dezember 2009 ausführt, dass keine Sachverhaltsänderungen eingetreten wären, wird vom zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden auf den Wortlaut des § 329 Abs. 3 vorletzter Satz BVergG hingewiesen. In dieser Bestimmung wird nicht von einer Änderung des Sachverhaltes sondern von einem Wegfall der Voraussetzungen gesprochen und diesbezüglich gefordert, dass in einem solchen Fall die einstweilige Verfügung unverzüglich aufzuheben ist. Eine der Voraussetzungen die zum stattgebenden Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009, geführt hat, war, dass das besondere öffentliche Interesse in einem Zeitraum von sechs Wochen (gerechnet ab Antragstellung im Nachprüfungsverfahren) die sicherlich vorhandenen und berechtigten Interessen der Antragstellerin nicht überwogen hat und daher im Glauben, das Nachprüfungsverfahren innerhalb von sechs Wochen beenden zu können, der damals zuständige Senatsvorsitzende dem Provisorialbegehren stattgegeben hat. Dies stellt sich nunmehr jedoch unter Berücksichtigung des tatsächlichen Verfahrensablaufes im Nachprüfungsverfahren N/0115-BVA/12/2009 geändert dar. Sofern die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 16. Dezember 2009 ausführt, dass keine Sachverhaltsänderungen eingetreten wären, wird vom zur Entscheidung berufenen Senatsvorsitzenden auf den Wortlaut des Paragraph 329, Absatz 3, vorletzter Satz BVergG hingewiesen. In dieser Bestimmung wird nicht von einer Änderung des Sachverhaltes sondern von einem Wegfall der Voraussetzungen gesprochen und diesbezüglich gefordert, dass in einem solchen Fall die einstweilige Verfügung unverzüglich aufzuheben ist. Eine der Voraussetzungen die zum stattgebenden Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009, geführt hat, war, dass das besondere öffentliche Interesse in einem Zeitraum von sechs Wochen (gerechnet ab Antragstellung im Nachprüfungsverfahren) die sicherlich vorhandenen und berechtigten Interessen der Antragstellerin nicht überwogen hat und daher im Glauben, das Nachprüfungsverfahren innerhalb von sechs Wochen beenden zu können, der damals zuständige Senatsvorsitzende dem Provisorialbegehren stattgegeben hat. Dies stellt sich nunmehr jedoch unter Berücksichtigung des tatsächlichen Verfahrensablaufes im Nachprüfungsverfahren N/0115-BVA/12/2009 geändert dar.

Das darüberhinausgehende Vorbringen im Schriftsatz der Antragstellerin vom 16. Dezember 2009 vermag am Umstand, dass eine Voraussetzung, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009, geführt hat, weggefallen ist, nichts mehr zu ändern, sodass unter Berücksichtigung von

§ 329 Abs. 3 BVergG dem Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009, stattzugeben war. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG dem Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 26. November 2009, N/0115-BVA/12/2009, stattzugeben war.

Hingewiesen wird, dass es der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren mit sofortiger Wirksamkeit erlaubt ist, den Zuschlag zu erteilen.

Schlagworte

Aufhebung einer einstweiligen Verfügung wegen Wegfall von einer Voraussetzung, die zu ihrer Erlassung geführt hat

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