

TE Verg Bescheid 2009/10/9 N/0110-BVA/09/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.10.2009

Norm

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVerG betreffend das Vergabeverfahren "Bauvorhaben Koralmbahn, Abschnitt Althofen/Drau - Klagenfurt, Baulos 70.10, Frachtenbahnhof Klagenfurt, Oberbau B1982", des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 21.10.2009 und vom 22.10.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVerG betreffend das Vergabeverfahren "Bauvorhaben Koralmbahn, Abschnitt Althofen/Drau - Klagenfurt, Baulos 70.10, Frachtenbahnhof Klagenfurt, Oberbau B1982", des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 21.10.2009 und vom 22.10.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag vom 21.10.2009, "Der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Nichtigkeit in der Hauptsache, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen untersagt, den Zuschlag zu erteilen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2.12.2009 untersagt, im Vergabeverfahren "Bauvorhaben Koralmbahn, Abschnitt Althofen/Drau - Klagenfurt, Baulos 70.10, Frachtenbahnhof Klagenfurt, Oberbau B1982", den Zuschlag zu erteilen.

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 22.10.2009, "Der Antragsgegnerin wird bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes in der Hauptsache, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen untersagt, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu erklären", wird zurückgewiesen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruchpunkt I wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens, auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht ein. Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens, auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht ein.

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft mit Beschluss der Hauptversammlung vom 7. September 2009 zur ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft umfirmiert worden sei. Der Auftraggeber sei Sektorenauftraggeber iSd § 169 BVerG. Es handle sich um Baumaßnahmen, welche nach den Sektorenbestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden sollen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren zur Vergabe gelangen. Die Bekanntmachung der Ausschreibung sei am 29. Juli 2006 (gemeint wohl 2009) im Amtsblatt der EG, unter 2009/S 143-210267, erfolgt. Der Zuschlag solle auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft mit Beschluss der Hauptversammlung vom 7. September 2009 zur ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft umfirmiert worden sei. Der Auftraggeber sei Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 169, BVerG. Es handle sich um Baumaßnahmen, welche nach den Sektorenbestimmungen für den Oberschwellenbereich vergeben werden sollen. Der Auftrag solle in einem

offenen Verfahren zur Vergabe gelangen. Die Bekanntmachung der Ausschreibung sei am 29. Juli 2006 (gemeint wohl 2009) im Amtsblatt der EG, unter 2009/S 143-210267, erfolgt. Der Zuschlag solle auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden.

Nach den Ausschreibungsunterlagen, Seite 7, Pos. LV 00A3600, würden für die Vergabe nur Unternehmen in Betracht kommen, die im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Geleisen, sowie auf die entsprechende Leistungsfähigkeit über die gesamte Bauzeit vergleichbare Referenzprojekte in den letzten fünf Jahren durchgeführt hätten.

Die Antragstellerin habe im Angebot vom 9. September 2009 bereits umfassende Unterlagen zu Referenzprojekten vorgelegt. In den Referenzschreiben würde bestätigt, dass die jeweiligen Unternehmen der A*** - Gruppe die angeführten zehn Referenzprojekte mit hoher technischer Qualität ausgeführt hätten.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 18. September 2009 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, unter anderem den Nachweis vergleichbarer Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Geleisen nachzureichen. Mit fristgerechtem Schreiben vom 24. September 2009 habe die Antragstellerin per E-Mail unter anderem die Übersichtstabelle "Nachweis Projekte im Gefahrenraum" als Nachweis für Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Geleisen übermittelt. Wie der Übersichtstabelle bzw. den beigelegten Referenzschreiben zu entnehmen sei, seien Auftragnehmer der angeführten Referenzprojekte die A***- X, die B*** (ein Konzernunternehmen der A*** - Gruppe, welches zwischenzeitlich zur "A***B***" umfirmiert worden sei), und die Antragstellerin selbst gewesen. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 24. September 2009 somit sieben eigene Referenzprojekte bekanntgegeben. Mit Schreiben des Auftraggebers vom 18. September 2009 sei die Antragstellerin aufgefordert worden, unter anderem den Nachweis vergleichbarer Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Geleisen nachzureichen. Mit fristgerechtem Schreiben vom 24. September 2009 habe die Antragstellerin per E-Mail unter anderem die Übersichtstabelle "Nachweis Projekte im Gefahrenraum" als Nachweis für Referenzprojekte im Hinblick auf die Bauherstellung im Gefahrenraum von Geleisen übermittelt. Wie der Übersichtstabelle bzw. den beigelegten Referenzschreiben zu entnehmen sei, seien Auftragnehmer der angeführten Referenzprojekte die A***- römisch zehn, die B*** (ein Konzernunternehmen der A*** - Gruppe, welches zwischenzeitlich zur "A***B***" umfirmiert worden sei), und die Antragstellerin selbst gewesen. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 24. September 2009 somit sieben eigene Referenzprojekte bekanntgegeben.

Im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 habe der Auftraggeber um Vorlage von Referenzprojekten der Antragstellerin selbst ersucht. Die Antragstellerin habe auf die bereits vorgelegten Referenzprojekte (Übersichtstabelle vom 24. September 2009) und auf Referenzprojekte von Konzernunternehmen der A*** - Gruppe verwiesen. Zusätzlich habe die Antragstellerin das Schreiben der A***B*** vom 2. März 2009, sowie das Schreiben der A***- X vom 6. Oktober 2009 übergeben, in welchem die beiden Konzernunternehmen der A*** - Gruppe ausdrücklich bestätigen würden, dass sich die Antragstellerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf deren Referenzen stützen dürfe und dass die vorhandenen und verfügbaren Mittel beider Konzernunternehmen der Antragstellerin tatsächlich zur Verfügung stehen würden. Im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 habe der Auftraggeber um Vorlage von Referenzprojekten der Antragstellerin selbst ersucht. Die Antragstellerin habe auf die bereits vorgelegten Referenzprojekte (Übersichtstabelle vom 24. September 2009) und auf Referenzprojekte von Konzernunternehmen der A*** - Gruppe verwiesen. Zusätzlich habe die Antragstellerin das Schreiben der A***B*** vom 2. März 2009, sowie das Schreiben der A***- römisch zehn vom 6. Oktober 2009 übergeben, in welchem die beiden Konzernunternehmen der A*** - Gruppe ausdrücklich bestätigen würden, dass sich die Antragstellerin zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf deren Referenzen stützen dürfe und dass die vorhandenen und verfügbaren Mittel beider Konzernunternehmen der Antragstellerin tatsächlich zur Verfügung stehen würden.

Im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 habe der Auftraggeber gefragt, ob die Personalbeistellung von Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer durch Eigenpersonal der Antragstellerin erfolge. Die Antragstellerin habe angegeben, dass entweder vorhandenes Personal aus der A*** - Gruppe zum Einsatz kommen werde, oder - falls erforderlich - entsprechend ausgebildetes Personal gesondert angemietet würde. Sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn der Antragstellerin zur Verfügung stehen, würde dies die Antragstellerin dem Auftraggeber mitteilen.

Die Antragstellerin habe fristgerecht am 9. September 2009 ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. Oktober 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gem. § 269 Abs 1 Z 2 BVergG mangels Eignung wegen Nichterfüllung des Kriteriums in Pos. LV 00A3600 ausgeschieden worden sei. Das Ausscheiden sei durch zwei Punkte begründet worden: Mit Schreiben des Auftraggebers vom 14. Oktober 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot gem. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG mangels Eignung wegen Nichterfüllung des Kriteriums in Pos. LV 00A3600 ausgeschieden worden sei. Das Ausscheiden sei durch zwei Punkte begründet worden:

1. 1. Ziffer eins

Trotz schriftlicher Aufforderung des Auftraggebers vom 18. September 2009 und Nachfrage im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 habe die Antragstellerin weder durch ihre ergänzenden Unterlagen (E-Mail vom 24. September 2009) noch durch die anlässlich des Aufklärungsgesprächs übergebenen Verfügungserklärungen die erforderlichen Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit als Bieter durch

zurechenbare Referenzprojekte erbracht, da die in den Referenznachweisen als dortige Auftragnehmer angeführten Unternehmer laut Angebot der Antragstellerin nicht an der gegenwärtigen vergabegegenständlichen Leistungserbringung beteiligt seien.

1. 2. Ziffer 2

Darüber hinaus verfüge die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Erbringung der Baustellensicherung.

Beim Auftraggeber handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gem. § 3 BVergG. Alleinaktionär sei die Österreichische Bundesbahnen - Holding AG, welche zu 100% im Eigentum des Bundes stehe. Die Verwaltung der Anteilsrechte obliege dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (§ 2 Bundesbahngesetz). Da der Auftraggeber Bereitsteller von Schieneninfrastruktur sei, handle es sich um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen. Beim Auftraggeber handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gem. Paragraph 3, BVergG. Alleinaktionär sei die Österreichische Bundesbahnen - Holding AG, welche zu 100% im Eigentum des Bundes stehe. Die Verwaltung der Anteilsrechte obliege dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (Paragraph 2, Bundesbahngesetz). Da der Auftraggeber Bereitsteller von Schieneninfrastruktur sei, handle es sich um ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen.

Durch das unrechtmäßige Ausscheiden ihres Angebotes würde die Antragstellerin einen Schaden in Höhe des frustrierten Aufwands durch die Teilnahme an den Verhandlungen erleiden. Bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens bzw. richtiger Bewertung ihres Angebotes hätte die Antragstellerin den Auftrag erhalten müssen. Durch die zu erwartende Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter würden Gewinnentgang sowie der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes drohen. Der Auftrag sei besonders wichtig, da gegenständlich Großgeräte der Antragstellerin zum Einsatz kommen würden, welche ansonsten nicht ausgelastet seien. Die Antragstellerin habe evidenter Maßen ein hohes Interesse am Zuschlagserhalt.

Zur Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung:

Zur mangelnden Eignung aufgrund fehlender zurechenbarer

Referenzprojekte:

Der Auftraggeber berufe sich in der Ausscheidensmitteilung darauf, dass die erforderlichen Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin durch zurechenbare Referenzprojekte fehlen würden, da die in den Referenznachweisen als dortige Auftragnehmer angeführten Unternehmen laut dem Angebot nicht an der gegenwärtigen vergabegegenständlichen Leistungserbringung beteiligt seien. Diese Begründung sei jedoch in zweifacher Hinsicht falsch. Einerseits habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. September 2009 eigene Referenzprojekte (der A*** - Österreich) vorgelegt, welche die geforderten Kriterien erfüllen würden. Überdies könne sich die Antragstellerin nach § 233 BVergG auf die (weiteren) Referenzprojekte der deutschen Konzernunternehmen der A*** - Gruppe zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit stützen. Wie dem Schreiben der Antragstellerin vom 24. September 2009 zu entnehmen sei, habe sie selbst sieben eigene Referenzprojekte zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit vorgelegt, welche den Anforderungen der Ausschreibung genügen würden. Der Auftraggeber berufe sich in der Ausscheidensmitteilung darauf, dass die erforderlichen Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin durch zurechenbare Referenzprojekte fehlen würden, da die in den Referenznachweisen als dortige

Auftragnehmer angeführten Unternehmen laut dem Angebot nicht an der gegenwärtigen vergabegegenständlichen Leistungserbringung beteiligt seien. Diese Begründung sei jedoch in zweifacher Hinsicht falsch. Einerseits habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. September 2009 eigene Referenzprojekte (der A*** - Österreich) vorgelegt, welche die geforderten Kriterien erfüllen würden. Überdies könne sich die Antragstellerin nach Paragraph 233, BVergG auf die (weiteren) Referenzprojekte der deutschen Konzernunternehmen der A*** - Gruppe zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit stützen. Wie dem Schreiben der Antragstellerin vom 24. September 2009 zu entnehmen sei, habe sie selbst sieben eigene Referenzprojekte zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit vorgelegt, welche den Anforderungen der Ausschreibung genügen würden.

Selbst wenn man - wovon jedoch nicht auszugehen sei - dieser Argumentation nicht folgen sollte, gelte Folgendes: Nach der Entscheidung in der Rechtssache C-176/98 Holst Italia könne ein Unternehmen im Falle seiner fehlenden oder unzureichenden technischen Leistungsfähigkeit seine fachliche Eignung dadurch nachweisen, dass es auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen verweise, sofern es beweisen könne, dass es während des Auftragszeitraumes tatsächlich über die Mittel dieser Unternehmen verfüge. Diese Rechtssprechung des EuGH sei in § 233 BVergG umgesetzt worden. Ein Auftraggeber könne einen Unternehmer daher nicht wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausscheiden, wenn dieser zwar nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfüge, jedoch nachweise, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stünden. Selbst wenn man - wovon jedoch nicht auszugehen sei - dieser Argumentation nicht folgen sollte, gelte Folgendes: Nach der Entscheidung in der Rechtssache C-176/98 Holst Italia könne ein Unternehmen im Falle seiner fehlenden oder unzureichenden technischen Leistungsfähigkeit seine fachliche Eignung dadurch nachweisen, dass es auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen verweise, sofern es beweisen könne, dass es während des Auftragszeitraumes tatsächlich über die Mittel dieser Unternehmen verfüge. Diese Rechtssprechung des EuGH sei in Paragraph 233, BVergG umgesetzt worden. Ein Auftraggeber könne einen Unternehmer daher nicht wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausscheiden, wenn dieser zwar nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfüge, jedoch nachweise, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stünden.

Auch der OGH habe am 20. Juni 2008,¹ Ob 52/08s, festgestellt, dass Referenzen verbundener Unternehmen zur technischen Leistungsfähigkeit wie eigene Nachweise des Bewerbers oder Bieters unter der Voraussetzung anzuerkennen seien, dass dieser tatsächlich über die technischen Ressourcen verfügen könne, auf die sich die Nachweise beziehen würden. Dies gelte auch für konzernverbundene Unternehmen, ungeachtet ihrer sonstigen gesellschaftsrechtlichen und personellen Zusammenhänge.

In den dem Auftraggeber am 8. Oktober 2009 übergebenen Schreiben der A***B*** sowie der A***- X, würden diese beiden Konzernunternehmen der A*** - Gruppe ausdrücklich bestätigen, dass die Antragstellerin sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf deren Referenzen stützen dürfe und die vorhandenen und verfügbaren Mittel beider Konzernunternehmen der Antragstellerin während des Auftragszeitraumes tatsächlich zur Verfügung stünden. In den dem Auftraggeber am 8. Oktober 2009 übergebenen Schreiben der A***B*** sowie der A***- römisch zehn, würden diese beiden Konzernunternehmen der A*** - Gruppe ausdrücklich bestätigen, dass die Antragstellerin sich zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf deren Referenzen stützen dürfe und die vorhandenen und verfügbaren Mittel beider Konzernunternehmen der Antragstellerin während des Auftragszeitraumes tatsächlich zur Verfügung stünden.

Die nach Pos. LV 00A3600 geforderten Referenzprojekte würden durch (deutsche) Konzernunternehmen der Antragstellerin erbracht. Die Antragstellerin habe sich zulässiger Weise auf die technische Leistungsfähigkeit dieser Konzernunternehmen berufen und auch den ausdrücklichen Nachweis erbracht, dass sie während des Auftragszeitraumes über die Mittel dieser Unternehmen verfügen könne.

Die Antragstellerin habe somit den Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit sowohl durch die Bekanntgabe eigener Referenzprojekte als auch durch die zulässige Zurechnung von Referenzprojekten von deutschen Konzernunternehmen, ausreichend erbracht.

Zur mangelnden Eignung wegen fehlender Personalausstattung:

Der Auftraggeber berufe sich in seiner Mitteilung hinsichtlich des Ausscheidens vom 14. Oktober 2009 weiters darauf, dass die Antragstellerin nicht über die notwendige Personalausstattung zur Baustellensicherung (Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer) verfüge. Bereits mit dem Angebot habe die Antragstellerin die geforderten

Nachweise hinsichtlich der ausreichenden Personalausstattung und der geforderten Qualifizierung des Personals erbracht. So seien unter anderem die Erklärungen über die fachliche Ausbildung des Schlüsselpersonals, die Führungsbestätigung des ANKÖ, die Erklärung zur allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit, der gesamte durchschnittliche Beschäftigtenstand der Antragstellerin der letzten drei Jahre sowie der durchschnittliche Beschäftigungsstand der Antragstellerin im Bereich Bahnbau der letzten drei Jahre, übermittelt worden. Die Antragstellerin habe somit den Nachweis über die geforderte Personalausstattung der zu erbringenden Hauptleistungen erbracht, weshalb der Auftraggeber weder in seinem Aufforderungsschreiben der nachzureichenden Unterlagen vom 18. September 2009 noch im Aufklärungsgespräch vom 8. Oktober 2009 Nachfragen zur ausreichenden Personalausstattung und der geforderten Qualifizierung des Personals hinsichtlich der Erbringung der Hauptleistungen gestellt hätte. Lediglich hinsichtlich einzelner Hilfsleistungen habe der Auftraggeber im Aufklärungsgespräch nachgefragt, ob die Personalbeistellung von Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer durch Eigenpersonal der Antragstellerin erfolgen würde. Die Antragstellerin habe angegeben, dass entweder vorhandenes Personal aus der A*** - Gruppe zum Einsatz kommen würde, oder, falls erforderlich, entsprechend ausgebildetes Personal gesondert angemietet würde. Sollte eigenes ausgebildetes Personal bis zum Einsatzbeginn der Antragstellerin zur Verfügung stehen, würde dies dem Auftraggeber mitgeteilt werden.

Die Bereitstellung von Personal von Sicherungsposten, Kleinwagenführer und Arbeitszugsführer sei selbst kein Teil der vergebenen Leistung, sondern lediglich Hilfsleistungen. Personalüberlassungsfirmen seien als Hilfsunternehmen zu qualifizieren und müssten als solche dem Auftraggeber nicht ausdrücklich bekannt gegeben werden. Da Hilfsunternehmen selbst keinen Teil der vergebenen Leistung erbringen würden, sondern für den Auftragnehmer nur in Hilfsfunktionen tätig seien, bestehe keine Bekanntgabepflicht. Die Antragstellerin habe den Auftraggeber ausreichend über die vorhandene Personalausstattung für die Erbringung dieser Hilfsleistungen informiert. Aus der Tatsache, dass gewisses Hilfspersonal in einzelnen, unwichtigen Hilfsbereichen angemietet würde und nicht bei der Antragstellerin angestellt sei, könne eine mangelnde Eignung wegen fehlender Personalausstattung zulässiger Weise nicht begründet werden. Derartige Personalanmietungen seien branchenüblich und es sei davon auszugehen, dass sich auch andere Bieter dieser Vorgangsweise bedienen würden.

Aus der Sicht eines Auftraggebers mache es keinen Unterschied, ob der Auftragnehmer seinen Personalbedarf über Einstellung durch den Auftragnehmer, über Personal von Konzernunternehmen oder über Verträge mit Personalüberlassungsfirmen, decke. Das fremde Personal würde nämlich in dem Betrieb des Auftragnehmers eingegliedert und der Auftragnehmer hätte in beiden Fällen die Kontrolle über die Erbringung der Leistung behalten und nicht an Dritte ausgelagert.

Ein gesonderter Nachweis der ausreichenden Qualifizierung des Hilfspersonals sei in diesem Verfahrensstadium nicht gefordert gewesen.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass dem Antrag auf Nachprüfung und Nichtigerklärung keine aufschiebende Wirkung zukomme. Durch die angefochtene rechtswidrige Entscheidung werde der Antragstellerin jede Aussicht auf Zuschlagserteilung genommen. Durch den möglichen Abschluss eines Vertrages mit dem obsiegenden Bieter werde der Antragstellerin ein weiterer erheblicher Schaden entstehen.

Ein besonderes öffentliches Interesse an einer umgehenden Zuschlagserteilung sei auch unter Beachtung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit nicht gegeben. Eine besondere Dringlichkeit sei ebenfalls nicht geboten, da in den Ausschreibungsbedingungen eine Zuschlagsfrist von drei Monaten vorgesehen sei und der Baubeginn voraussichtlich mit 29. März 2010 festgelegt sei.

Mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2009 stellte die Antragstellerin weiters den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Erklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin untersagt werden solle (siehe Spruchpunkt II). Mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2009 stellte die Antragstellerin weiters den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Erklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin untersagt werden solle (siehe Spruchpunkt römisch zwei).

Mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG, CPV Code 45234130. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert liege im Oberschwellenbereich. Der geschätzte

Kostenwert betrage EUR XXXX. Die verfahrensgegenständliche Vergabe sei Teil eines übergeordneten Gesamtprojektes, dessen geschätzte Vorhabenssumme über dem Schwellenwert liege. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß § 192 Abs 2 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG, CPV Code 45234130. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert liege im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Kostenwert betrage EUR römisch 40. Die verfahrensgegenständliche Vergabe sei Teil eines übergeordneten Gesamtprojektes, dessen geschätzte Vorhabenssumme über dem Schwellenwert liege. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 2, BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden.

Das Verfahren sei am 29.7.2009 im Supplement S des ABI der EG veröffentlicht worden. Im Amtlichen Lieferanzeiger sei das Verfahren am 28.7.2009 veröffentlicht worden. Die Angebotsfrist habe am 9.9.2009 geendet. Die Angebotsöffnung sei am 9.9.2009 erfolgt. Das Ausscheiden der Antragstellerin sei am 14.10.2009 erfolgt. Das Verfahren sei am 29.7.2009 im Supplement S des Amtsblatt der EG veröffentlicht worden. Im Amtlichen Lieferanzeiger sei das Verfahren am 28.7.2009 veröffentlicht worden. Die Angebotsfrist habe am 9.9.2009 geendet. Die Angebotsöffnung sei am 9.9.2009 erfolgt. Das Ausscheiden der Antragstellerin sei am 14.10.2009 erfolgt.

Es seien drei Angebote eingelangt. A*** (Angebotssumme: Euro XXXX), C*** (Angebotssumme: Euro XXXX) sowie D*** (Angebotssumme: XXXX). Es seien drei Angebote eingelangt. A*** (Angebotssumme: Euro römisch 40), C*** (Angebotssumme: Euro römisch 40) sowie D*** (Angebotssumme: römisch 40).

Eine Zuschlagsentscheidung sei nicht erfolgt. Das Verfahren sei auch nicht widerrufen worden, ein Zuschlag sei nicht erfolgt.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber zusammengefasst vor, dass für die Durchführung der Leistungen Abstimmungen für sämtliche betrieblichen Belange im Rahmen von Betriebs- und Bauanweisungs-Besprechungen (BETRA-Besprechungen) erforderlich seien. Dies habe insbesondere Einfluss auf das Erfordernis und die Dauer von Betriebsgleissperren. Die BETRA-Besprechungen seien mindestens 18 Wochen vor Baubeginn durchzuführen. In den Ausschreibungsunterlagen werde den Bietern die Ausführungsart der Gleisbauarbeiten (händisch oder maschinell) teilweise freigestellt. Durch diese Wahlmöglichkeit der Bieter erhöhe sich der Koordinations- und Abstimmungsaufwand.

Darüber hinaus sei das Konzept der erforderlichen Betriebssperren - basierend auf dem aktuellen Zeitplan - bereits mit sämtlichen Bereichen des involvierten Fahr-Betriebes abgestimmt.

BETRA-Besprechungen seien gegenständlich auch deshalb aufwändig, da die notwendigen Gleissperren nur in der schulfreien Zeit durchgeführt werden könnten. Überdies seien die Bauphasen auch bereits mit dem Magistrat Klagenfurt abgestimmt worden; diese seien in den Fahrplänen der Busse berücksichtigt.

Im Falle eines nicht möglichen Baubeginnes mit 29.3.2010 sei die gesamte bisherige Bauphasenplanung zu überarbeiten und mit Bauverzögerungen von einem halben Jahr zu rechnen. Dies führe zu Mehrkosten für die Unterbauarbeiten, da die Oberbauarbeiten des gegenständlichen Projektes Voraussetzung für die Unterbauarbeiten des Gesamtprojektes seien.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. a) Litera a

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Gemäß § 30 Bundesbahngesetz, BGBl I Nr. 825/1992 idGF BGBl I Nr. 95/2009, sind die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht gemäß § 2 leg cit zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Bei der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft handelt es sich daher um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA vom 7.10.2009, N/0105-BVA/04/2009-EV10). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Gemäß Paragraph 30, Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 825 aus 1992, idGF Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 95 aus 2009,, sind die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft zu 100% der

ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht gemäß Paragraph 2, leg cit zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Bei der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft handelt es sich daher um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA vom 7.10.2009, N/0105-BVA/04/2009-EV10).

Gemäß § 31 Abs 1 1. Satz Bundesbahngesetz ist Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. Es ist gegenständlich davon auszugehen, dass der Auftraggeber als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur auftritt, sodass es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber handelt. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, 1. Satz Bundesbahngesetz ist Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. Es ist gegenständlich davon auszugehen, dass der Auftraggeber als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur auftritt, sodass es sich um einen im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber handelt.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 174 iVm § 4 BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers handelt es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich.

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellt das Ausschneiden eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG dar. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellt das Ausschneiden eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG dar.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

1. b) Litera b

Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Allgemeines:

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

die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

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

Gemäß § 329 Abs 2 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige 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 oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige 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 auf Nichtigerklärung, mit 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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit 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.

Zu Spruchpunkt I:

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden: Gemäß § 131 BVergG hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen. Bei einem vom Auftraggeber - wie im gegenständlichen Fall - bereits ausgeschiedenen Bieter handelt es sich grundsätzlich um keinen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter iSd § 131 BVerG, dem die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt werden müsste. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Auftraggeber in weiterer Folge den Zuschlag erteilen könnte, ohne dass die aus dem Vergabeverfahren bereits ausgeschiedene Antragstellerin zuvor Kenntnis von der getroffenen Zuschlagsentscheidung erlangt hat. Der möglicherweise bestehende Anspruch der Antragstellerin 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. Dem kann nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung Rechnung getragen werden, die insofern auch die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs 2 BVergG darstellt. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit des Ausscheidens ihres Angebotes. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden: Gemäß Paragraph 131, BVergG hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen. Bei einem vom Auftraggeber - wie im gegenständlichen Fall - bereits ausgeschiedenen Bieter handelt es sich grundsätzlich um keinen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter iSd Paragraph 131, BVergG, dem die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt werden müsste. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Auftraggeber in weiterer Folge den Zuschlag erteilen könnte, ohne dass die aus dem Vergabeverfahren bereits ausgeschiedene Antragstellerin zuvor Kenntnis von der getroffenen Zuschlagsentscheidung erlangt hat. Der möglicher Weise bestehende Anspruch der Antragstellerin 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. Dem kann nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung Rechnung getragen werden, die insofern auch die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG darstellt.

Der Auftraggeber spricht sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung im Wesentlichen unter Berufung darauf aus, dass zur Durchführung der gegenständlichen Arbeiten umfangreiche Besprechungen ("Betriebs- und Bauanweisungsbesprechungen", sog. BETRA-Besprechungen) zur Abstimmung mit sämtlichen betrieblichen Belangen durchzuführen seien, welche mindestens 18 Wochen vor Baubeginn stattzufinden hätten.

Dass bei umfangreichen Gesamtprojekten im Baubereich, wie etwa im Infrastrukturbereich, mitunter aufwändige Abstimmungen in Bezug auf sämtliche betrieblichen Belange vorgenommen werden müssen, die ihrerseits Rückwirkungen auf den Betrieb (wie konkret etwa Fahrbetrieb und Gleissperren) haben können, liegt in der Natur solcher Projekte. Damit verbundene allfällige zeitliche Verzögerungen können nicht durch Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung wettgemacht werden.

Gleiches gilt für Erhöhungen des Koordinationsaufwandes, der darauf zurückzuführen ist, dass den Bietern in der Ausschreibung hinsichtlich der Art der Durchführung handelt (Gleisbauweise händisch oder maschinell) ein Wahlrecht eingeräumt wird. Hierbei handelt es sich um einen der Auftraggebersphäre zuzurechnenden Umstand, der einem rechtsschutzsuchenden - und hiezu die Erlassung einer einstweiligen Verfügung anstrengenden - Bieter nicht zum Nachteil gereichen kann.

Allgemein ist davon auszugehen, dass bei komplexen Gesamtbauvorhaben eine zeitliche Verzahnung der einzelnen Arbeiten bzw. Lose sowie eine Verknüpfung der Bauphasenplanung charakteristischer Weise regelmäßig der Fall sind. Eine mögliche Verschiebung des geplanten Baubeginnes in Teilbereichen eines Großvorhabens kann daher naturgemäß Auswirkungen auf den Beginn anderer Arbeiten des Gesamtvorhabens haben sowie uU umfangreichere Umlanungen erfordern, was allerdings die Nichterlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu rechtfertigen vermag.

Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und, daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe im frustrierten Aufwand durch die Teilnahme an den Verhandlungen, im drohenden Gewinnentgang sowie dem Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Auch könnten diverse Großgeräte der Antragstellerin bei Nichterhalt des Zuschlages nicht ausgelastet werden.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Beim möglichen Verlust eines wichtigen Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen

im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens-)Nachteil (siehe BVA 27.1.2006, 16N-8/06-6; BVA 28.8.2009, N/0091- BVA/07/2009-EV8 uva).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u. v.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u. v.a.).

Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren für die einstweilige Verfügung erfolgt im Hauptbescheid.

Zu Spruchpunkt II:

Das Begehren auf Untersagung der Erklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin ist - da das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber bereits ausgeschieden wurde (vgl Mitteilung des Auftraggebers vom 14.10.2009) - auf Untersagung einer bereits gesetzten abgeschlossenen Handlung gerichtet. Der Antrag war daher, als ins Leere gerichtet, zurückzuweisen. Das Begehren auf Untersagung der Erklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin ist - da das Angebot der Antragstellerin vom Auftraggeber bereits ausgeschieden wurde vergleiche Mitteilung des Auftraggebers vom 14.10.2009) - auf Untersagung einer bereits gesetzten abgeschlossenen Handlung gerichtet. Der Antrag war daher, als ins Leere gerichtet, zurückzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

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