

# TE Verg Bescheid 2009/8/10 N/0081-BVA/10/2009-EV17

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.08.2009

## Norm

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

AVG 1991 §59 Abs1

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 durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "BBT Kurzbohrungen 2009" der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft "ARGE A\*\*\*\*", B\*\*\*\*/C\*\*\*\*/D\*\*\*\* vertreten durch E\*\*\*\* vertreten durch Y\*\*\*\* Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4. August 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "BBT Kurzbohrungen 2009" der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT

SE vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft "ARGE A\*\*\*", B\*\*\*/C\*\*\*/D\*\*\* vertreten durch E\*\*\* vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 4. August 2009, wie folgt entschieden:

#### Spruch

Dem Antrag, "Die Zuschlagsentscheidung mit Bezug auf Los 2 vorn 21.07.2009 im Vergabeverfahren 'AP078 - Kurzbohrungen 2009 - IT' der BBT SE wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für 6 Wochen ausgesetzt. Der Auftraggeberin wird in diesem Vergabeverfahren die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für 6 Wochen untersagt. Ein entgegen dieser Einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag ist nichtig.", wird wie folgt stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "BBT Kurzbohrungen 2009" wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt.

Der Auftraggeberin, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "BBT Kurzbohrungen 2009" untersagt, im Los 2 den Zuschlag zu erteilen.

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

#### Begründung

##### 1. 1.Ziffer eins

##### Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 4. August 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "BBT Kurzbohrungen 2009" der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE. Nach Darstellung des Sachverhalts führte sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin das Angebot der F\*\*\* für den Zuschlag vorgesehen habe. Das Angebot der Antragstellerin sei in der Billigstbieterausschreibung an zweiter Stelle gereiht. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem subjektiven Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote und in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei - zusammengefasst - wegen mangelnder Befugnis auszuschneiden. Sie habe ihren Sitz in Italien. Die Befugnis sei nach italienischen Vorschriften zu prüfen. Im Zuge der Leistungserbringung seien verschiedenartige Bohrungen und Proben durchzuführen. Die italienische Rechtslage sehe für eine Vielzahl der im Rahmen der Ausschreibung zu erbringenden Leistungen (seit 1. Juli 2009) besondere Voraussetzungen vor, die ein Unternehmer erfüllen müsse, um derartige Bohrungen und Proben durchführen zu können. Es sei eine Ermächtigung des Infrastruktur- und Verkehrsministeriums zur Durchführung von Bodenproben im Labor, Gesteinsproben im Labor oder Vor-Ort-Proben erforderlich. Die Konzession werde in drei Kategorien, Sektor a) Bodenproben im Labor, Sektor b) Gesteinsproben im Labor und Sektor c) Vor-Ort Proben erteilt. Vom Infrastruktur- und Verkehrsministerium sei eine Liste derjenigen Institute veröffentlicht worden, die (neben den "offiziellen Laboren" gem. Art 59 Z 1 des Dekretes des Präsidenten der Republik (DPR) vom 06.06.2001, Nr. 380) befugt seien, solche Auswertungen von Gesteinsproben vorzunehmen. B\*\*\*, ein Mitglied der Antragstellerin, sei ermächtigt, vor Ort Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren (Sektor c) durchzuführen. Die D\*\*\*, ein Mitglied der Antragstellerin, sei ermächtigt, Bodenproben im Labor (Sektor a) sowie vor Ort Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren (Sektor c) durchzuführen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei nicht in dieser Liste genannt. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin auf die seit 1. Juli 2009 neue Rechtslage hingewiesen. Durchführung und Auswertungen von genannten Proben dürften seit 1. Juli 2009 nur noch von den in der Liste des Infrastruktur- und Verkehrsministeriums angeführten Unternehmen vorgenommen werden. Nach dem Rundschreiben des Infrastruktur- und Verkehrsministeriums vom 2. Februar 2009, Nr. 617, würden besondere Anforderungen an geotechnischen Untersuchungen gestellt. Die Untersuchungen und die Proben müssten von den Laboren gemäß Art. 59 des Dekretes des Präsidenten der Republik vom 6. Juni 2001, Nr. 380 vorgenommen und zertifiziert werden. Diese Labore seien in der beim "Servizio Tecnico Centrale" des Infrastrukturministeriums aufliegenden Liste eingetragen. Darauf sei auch im Rundschreiben der Vereinigung der Prüfanstalten im Ingenieurwesen und der Geotechnik (ASSOL/G) vom 1. Juli 2009 hingewiesen. In einem vergleichbaren Fall in Italien - Ausschreibung vor dem 1. Juli 2009 - sei von der Regionalen

Agentur für die Entwicklung der telematischen Märkte für die Region Emilia Romagna ein durchgeführtes Vergabeverfahren für nichtig erklärt worden. Bestimmte ausgeschriebene Leistungen seien den in der Liste des italienischen Infrastruktur- und Verkehrsministeriums genannten Unternehmen vorbehalten, wenn sie von italienischen Unternehmen ausgeführt würden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin dürfe sie daher nicht in Italien ausführen. Selbst wenn die Erfüllung der geschilderten Voraussetzung gemäß den Ausschreibungsunterlagen von den Bietern nicht nachzuweisen gewesen sei - auch deshalb, weil das Dekret erst nach Versendung der Ausschreibungsunterlagen erlassen worden sei - hätte die Auftraggeberin auf die geänderte Gesetzeslage Rücksicht nehmen und dies bei ihrer Zuschlagsentscheidung berücksichtigen müssen. Nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG seien Angebote auszuschneiden, wenn die Befugnis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nicht vorliege. Dies gelte unabhängig von der Vorlage von Nachweisen gemäß § 71 Z 1 BVergG. In eventu brachte die Antragstellerin vor, dass das Vergabeverfahren zu widerrufen sei. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgelegten Proben seien in Italien nicht verwertbar. Die Änderung der italienischen Rechtslage habe sich erst nach Versendung der Ausschreibungsunterlagen ergeben. Die Änderung der Ausschreibungsbedingungen hätte zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt. Als drohenden Schaden machte die Antragstellerin die Kosten der Beteiligung an der Ausschreibung in der Höhe von zumindest Euro 45.000, den Entgang eines unternehmerischen Gewinns in der Höhe von 10 % der Auftragssumme und eines Deckungsbeitrags zu den Gemeinkosten in Höhe von Euro 20.000 geltend. Die Antragstellerin stellte am 4. August 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "BBT Kurzbohrungen 2009" der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE. Nach Darstellung des Sachverhalts führte sie im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin das Angebot der F\*\*\* für den Zuschlag vorgesehen habe. Das Angebot der Antragstellerin sei in der Billigstbieterausschreibung an zweiter Stelle gereiht. Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in ihrem subjektiven Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf Ausscheidung nicht ausschreibungskonformer Angebote und in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei - zusammengefasst - wegen mangelnder Befugnis auszuschneiden. Sie habe ihren Sitz in Italien. Die Befugnis sei nach italienischen Vorschriften zu prüfen. Im Zuge der Leistungserbringung seien verschiedenartige Bohrungen und Proben durchzuführen. Die italienische Rechtslage sehe für eine Vielzahl der im Rahmen der Ausschreibung zu erbringenden Leistungen (seit 1. Juli 2009) besondere Voraussetzungen vor, die ein Unternehmer erfüllen müsse, um derartige Bohrungen und Proben durchführen zu können. Es sei eine Ermächtigung des Infrastruktur- und Verkehrsministeriums zur Durchführung von Bodenproben im Labor, Gesteinsproben im Labor oder Vor-Ort-Proben erforderlich. Die Konzession werde in drei Kategorien, Sektor a) Bodenproben im Labor, Sektor b) Gesteinsproben im Labor und Sektor c) Vor-Ort Proben erteilt. Vom Infrastruktur- und Verkehrsministerium sei eine Liste derjenigen Institute veröffentlicht worden, die (neben den "offiziellen Laboren" gem. Artikel 59, Ziffer eins, des Dekretes des Präsidenten der Republik (DPR) vom 06.06.2001, Nr. 380) befugt seien, solche Auswertungen von Gesteinsproben vorzunehmen. B\*\*\*, ein Mitglied der Antragstellerin, sei ermächtigt, vor Ort Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren (Sektor c) durchzuführen. Die D\*\*\*, ein Mitglied der Antragstellerin, sei ermächtigt, Bodenproben im Labor (Sektor a) sowie vor Ort Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren (Sektor c) durchzuführen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sei nicht in dieser Liste genannt. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin auf die seit 1. Juli 2009 neue Rechtslage hingewiesen. Durchführung und Auswertungen von genannten Proben dürften seit 1. Juli 2009 nur noch von den in der Liste des Infrastruktur- und Verkehrsministeriums angeführten Unternehmen vorgenommen werden. Nach dem Rundschreiben des Infrastruktur- und Verkehrsministeriums vom 2. Februar 2009, Nr. 617, würden besondere Anforderungen an geotechnischen Untersuchungen gestellt. Die Untersuchungen und die Proben müssten von den Laboren gemäß Artikel 59, des Dekretes des Präsidenten der Republik vom 6. Juni 2001, Nr. 380 vorgenommen und zertifiziert werden. Diese Labore seien in der beim "Servizio Tecnico Centrale" des Infrastrukturministeriums aufliegenden Liste eingetragen. Darauf sei auch im Rundschreiben der Vereinigung der Prüfanstalten im Ingenieurwesen und der Geotechnik (ASSOL/G) vom 1. Juli 2009 hingewiesen. In einem vergleichbaren Fall in Italien - Ausschreibung vor dem 1. Juli 2009 - sei von der Regionalen Agentur für die Entwicklung der telematischen Märkte für die Region Emilia Romagna ein durchgeführtes Vergabeverfahren für nichtig erklärt worden. Bestimmte ausgeschriebene Leistungen seien den in der Liste des italienischen Infrastruktur- und Verkehrsministeriums genannten Unternehmen vorbehalten, wenn sie von

italienischen Unternehmen ausgeführt würden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin dürfe sie daher nicht in Italien ausführen. Selbst wenn die Erfüllung der geschilderten Voraussetzung gemäß den Ausschreibungsunterlagen von den Bietern nicht nachzuweisen gewesen sei - auch deshalb, weil das Dekret erst nach Versendung der Ausschreibungsunterlagen erlassen worden sei - hätte die Auftraggeberin auf die geänderte Gesetzeslage Rücksicht nehmen und dies bei ihrer Zuschlagsentscheidung berücksichtigen müssen. Nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG seien Angebote auszuschneiden, wenn die Befugnis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung nicht vorliege. Dies gelte unabhängig von der Vorlage von Nachweisen gemäß Paragraph 71, Ziffer eins, BVergG. In eventu brachte die Antragstellerin vor, dass das Vergabeverfahren zu widerrufen sei. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgelegten Proben seien in Italien nicht verwertbar. Die Änderung der italienischen Rechtslage habe sich erst nach Versendung der Ausschreibungsunterlagen ergeben. Die Änderung der Ausschreibungsbedingungen hätte zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt. Als drohenden Schaden machte die Antragstellerin die Kosten der Beteiligung an der Ausschreibung in der Höhe von zumindest Euro 45.000, den Entgang eines unternehmerischen Gewinns in der Höhe von 10 % der Auftragssumme und eines Deckungsbeitrags zu den Gemeinkosten in Höhe von Euro 20.000 geltend.

Die Antragstellerin erhob das Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Weiters führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass ihre Interessen durch die genannten Rechtsverletzungen unmittelbar bedroht seien. Die Auftraggeberin plane, den Zuschlag an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu erteilen. Die Zuschlagserteilung stehe unmittelbar bevor. Der Schaden sei bereits dargelegt worden. Die Antragstellerin müsse sich um andere Aufträge umsehen, was mit Kosten verbunden sei. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei zulässig. Die Erlassung der beantragten Einstweiligen Verfügung sei deshalb notwendig und geeignet, um die oben dargelegte, entstandene bzw. unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern, weil andernfalls die Auftraggeberin nach Ablauf der Stillhaltefrist den Auftrag zivilrechtlich wirksam an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erteilen könnte. Dies würde aber unumkehrbare Tatsachen schaffen und die Wirksamkeit des Rechtsschutzinstrumentariums nach dem BVergG 2006 vereiteln. Die einstweilige Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und das Verbot der Zuschlagserteilung im Wege der Einstweiligen Verfügung sei daher die einzige Möglichkeit, um die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und eine vergaberechtskonforme Auftragserteilung sicher zu stellen, weil eine Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag bis zum Ablauf der Stillhaltefrist am 5. August 2009 nicht zu erwarten sei. Der Erlassung der begehrten Einstweiligen Verfügung stünden auch nicht mögliche geschädigte Interessen der sonstigen Bieter und der Auftraggeberin bzw. ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, die überwiegen würden, entgegen. Jedenfalls seien solche nicht ersichtlich. Nach ständiger Rechtsprechung sei zudem vom Grundsatz des Vorranges des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung auszugehen, sodass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur bei Bestehen besonderer Gründe zu unterbleiben habe. Weiters sei das Bundesvergabeamt im Hinblick auf die Art der gerügten Vergabeverstöße in der Lage, innerhalb kürzester Zeit eine Entscheidung zu fällen, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung das Vergabeverfahren nur unwesentlich verzögern würde.

Die Auftraggeberin legte am 6. August 2009 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und erteilte in ihrer Stellungnahme vom selben Tag allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Hauptverfahren behielt sie sich eine Stellungnahme vor.

Zum Provisorialverfahren verwies die Auftraggeberin drauf, dass lediglich das Los 2 angefochten sei und die einstweilige Verfügung darauf zu beschränken sei. Im Übrigen sah sie von einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

#### 1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE ist unter FN 251414 b im Firmenbuch eingetragen. Sie hat ihren Sitz in der politischen Gemeinde Innsbruck. Ihre Geschäftsanschrift ist \*\*\*\*, 6020 Innsbruck. (amtliche Einsicht im offenen Firmenbuch)

Die Aktien der Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE werden zu 50 % von österreichischen und zu 50 % von italienischen Körperschaften gehalten. Die Republik Österreich und die ÖBB halten je 12,5 %, das Land Tirol 25 % der Aktien. (Einsicht unter [www.bbt-se.com](http://www.bbt-se.com))

Auftraggeberin ist die Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE. Sie errichtet den Brenner Basistunnel. Im Zuge dieses Vorhabens hat sie Probebohrungen in zwei Losen ausgeschrieben. Los 1 enthält Probebohrungen auf österreichischer, Los 2 auf italienischer Seite. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; amtliche Einsicht unter [ted.europa.eu](http://ted.europa.eu))

Der geschätzte Auftragswert von Los 1 beträgt Euro 1,360.000, jener von Los 2 Euro 1.150.000. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE sandte am 15. Dezember 2008 eine Vorinformation betreffend den gegenständlichen Auftrag ab. Diese wurde ua im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 18. Dezember 2009, 2008/S 246-327464, veröffentlicht. Sie sandte die Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung am 28. April 2009 ab. Diese wurde ua im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 20. April 2009, 2009/S 83-119462, veröffentlicht. Sie lautet auszugsweise:

"AT-Innsbruck: Versuchs- und Aufschlussbohrungen

2009/S 83-119462

## BEKANNTMACHUNG

Bauftrag

### ABSCHNITT I: ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

I.1) NAME, ADRESSEN UND KONTAKTSTELLE(N):römisch eins.1) NAME, ADRESSEN UND KONTAKTSTELLE(N):

Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE, \*\*\*,

1. z.Litera z

Hd. von \*\*\*, A-6020 Innsbruck. Tel. +43 512\*\*\*.

E-Mail: [ava@bbt-se.com](mailto:ava@bbt-se.com). Fax +43 512\*\*\*-\*\*\*.

[...]

I.2) ART DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS UND HAUPTTÄTIGKEIT(EN)römisch eins.2) ART DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS UND HAUPTTÄTIGKEIT(EN):

Einrichtung des öffentlichen Rechts.

Sonstiges: Baureifmachung Brenner Basistunnel.

Der öffentliche Auftraggeber beschafft im Auftrag anderer

öffentlicher Auftraggeber: Nein.

### ABSCHNITT II: AUFTRAGSGEGENSTAND

II.1) BESCHREIBUNGrömisch zwei.1) BESCHREIBUNG

II.1.1) Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeberrömisch zwei.1.1) Bezeichnung des Auftrags durch den Auftraggeber:

BBT Kurzbohrungen 2009.

II.1.2) Art des Auftrags sowie Ort der Ausführung, Lieferung bzw. Dienstleistungrömisch zwei.1.2) Art des Auftrags sowie Ort der Ausführung, Lieferung bzw. Dienstleistung:

Bauleistung.

Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen.

Hauptausführungsort: Österreich / Italien.

II.1.3) Gegenstand der Bekanntmachung:römisch zwei.1.3) Gegenstand der Bekanntmachung:

Öffentlicher Auftrag.

II.1.4 Angaben zur Rahmenvereinbarung:römisch zwei.1.4 Angaben zur Rahmenvereinbarung:

II.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabensrömisch zwei.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens:

Los 1.

Gegenstand der Ausschreibung ist die Abteufung von

23 Erkundungsbohrungen mit durchgehender Kerngewinnung. Die Endtiefen liegen zwischen 50 m und 250 m (optional 300 m). Ausbau der Bohrungen zu Pegelmessstellen sowie Durchführung von hydraulischen Versuchen und Bohrlochgeophysikalischen Messungen.

Los 2.

Das Bohrererkundungsprogramm AP078 sieht auf italienischem Staatsgebiet (Franzensfeste/Südtirol) die Durchführung von 22 Erkundungsbohrungen zwischen 20 m und 120 m Tiefe sowie 4 Brunnenbohrungen bis in Tiefen von 70 m vor. Insgesamt sind ca. 1 080 lfm an Erkundungsbohrungen sowie 250 lfm an Brunnenbohrungen geplant. Im folgendem werden mit dem Begriff "Bohrungen" die 22 Erkundungsbohrungen und mit dem Begriff "Brunnen" die 4 Brunnenbohrungen angesprochen.

II.1.6) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV):römisch zwei.1.6) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV):

45120000.

II.1.7) Auftrag fällt unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA):römisch zwei.1.7) Auftrag fällt unter das Beschaffungsübereinkommen (GPA):

Nein.

II.1.8) Aufteilung in Lose:römisch zwei.1.8) Aufteilung in Lose:

Ja.

Sollten die Angebote wie folgt eingereicht werden: für ein oder mehrere Lose.

II.1.9) Varianten/Alternativangebote sind zulässig:römisch zwei.1.9) Varianten/Alternativangebote sind zulässig:

Nein.

[...]

II.3) VERTRAGSLAUFZEIT BZW. BEGINN UND ENDE DER AUFTRAGSAUSFÜHRUNG:römisch zwei.3) VERTRAGSLAUFZEIT BZW. BEGINN UND ENDE DER AUFTRAGSAUSFÜHRUNG:

Laufzeit in Tagen: 200 (ab Auftragsvergabe).

ANGABEN ZU DEN LOSEN

LOS-NR. 1

BEZEICHNUNG: BBT Kurzbohrungen 2009 AT

[...]

LOS-NR. 2

BEZEICHNUNG: BBT Kurzbohrungen 2009 IT

1. 1)Ziffer eins

KURZE BESCHREIBUNG:

Das Bohrererkundungsprogramm AP078 sieht auf italienischem Staatsgebiet (Franzensfeste/Südtirol) die Durchführung von 22 Erkundungsbohrungen zwischen 20 m und 120 m Tiefe sowie 4 Brunnenbohrungen bis in Tiefen von 70 m vor. Insgesamt sind ca. 1 080 lfm an Erkundungsbohrungen sowie 250 lfm an Brunnenbohrungen geplant. Im folgendem werden mit dem Begriff "Bohrungen" die 22 Erkundungsbohrungen und mit dem Begriff "Brunnen" die 4 Brunnenbohrungen angesprochen.

1. 2)Ziffer 2

GEMEINSAMES VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE (CPV):

45120000.

[...]

ABSCHNITT III: RECHTLICHE, WIRTSCHAFTLICHE, FINANZIELLE UND TECHNISCHE INFORMATIONEN

[...]

III.2) TEILNAHMEBEDINGUNGENrömisch drei.2) TEILNAHMEBEDINGUNGEN

III.2.1) Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister:römisch drei.2.1) Persönliche Lage des Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister:

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: § 71 BvergG 2006. Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Paragraph 71, BvergG 2006.

III.2.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit:römisch drei.2.2) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit:

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: § 74 Abs. 1 Ziff. 5 BvergG 2006. Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Paragraph 74, Absatz eins, Ziff. 5 BvergG 2006.

III.2.3) Technische Leistungsfähigkeit:römisch drei.2.3) Technische Leistungsfähigkeit:

Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: § 75 Abs. 7 Ziff. 1 und 5 BvergG 2006. Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Paragraph 75, Absatz 7, Ziff. 1 und 5 BvergG 2006.

III.2.4) Vorbehaltene Aufträge:römisch drei.2.4) Vorbehaltene Aufträge:

Nein.

[...]

#### ABSCHNITT IV: VERFAHREN

IV.1) VERFAHRENSARTrömisch vier.1) VERFAHRENSART

IV.1.1) Verfahrensart:römisch vier.1.1) Verfahrensart:

Offenes Verfahren.

[...]

IV.2) ZUSCHLAGSKRITERIENrömisch vier.2) ZUSCHLAGSKRITERIEN

IV.2.1) Zuschlagskriterien:römisch vier.2.1) Zuschlagskriterien:

Niedrigster Preis.

[...]

IV.3) VERWALTUNGSINFORMATIONENrömisch vier.3) VERWALTUNGSINFORMATIONEN

IV.3.1) Aktenzeichen beim öffentlichen Auftraggeber:römisch vier.3.1) Aktenzeichen beim öffentlichen Auftraggeber: AP078.

IV.3.2) Frühere Bekanntmachungen desselben Auftrags:römisch vier.3.2) Frühere Bekanntmachungen desselben Auftrags:

Vorinformation

Bekanntmachungsnummer im ABl.: 2008/S 246-327464 vom 15.12.2008Bekanntmachungsnummer im Amtsblatt, 2008/S 246-327464 vom 15.12.2008.

[...]

IV.3.4) Schlusstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge:römisch vier.3.4) Schlusstermin für den Eingang der Angebote bzw. Teilnahmeanträge:

25.5.2009 - 12:00.

[...]

IV.3.6) Sprache(n), in der (denen) Angebote oder Teilnahmeanträge:römisch vier.3.6) Sprache(n), in der (denen) Angebote oder Teilnahmeanträge

verfasst werden können:

Deutsch. Italienisch.

IV.3.7) Bindefrist des Angebots:römisch vier.3.7) Bindefrist des Angebots:

Frist in Monaten 5 (ab Schlusstermin für den Eingang der Angebote).

IV.3.8) Bedingungen für die Öffnung der Angebote:römisch vier.3.8) Bedingungen für die Öffnung der Angebote:

Tag: 25.5.2009 - 13:30.

Ort: 6020 Innsbruck, Grabenweg 3, ÖSTERREICH.

Personen, die bei der Öffnung der Angebote anwesend sein dürfen:

Ja.

Bieter und deren bevollmächtigte Vertreter.

#### ABSCHNITT VI: ZUSÄTZLICHE INFORMATIONEN

[...]

VI.2) AUFTRAG IN VERBINDUNG MIT EINEM VORHABEN UND/ODER PROGRAMM  
römisch sechs.2) AUFTRAG IN VERBINDUNG MIT EINEM VORHABEN UND/ODER PROGRAMM,  
DAS AUS GEMEINSCHAFTSMITTELN FINANZIERT WIRD:

Ja.

Geben Sie an, um welche Vorhaben und/oder Programme es sich handelt: TEN.

VI.3) SONSTIGE INFORMATIONEN:römisch sechs.3) SONSTIGE INFORMATIONEN:

Die Ausschreibung ist ausschließlich digital erhältlich. Nach Anforderung werden die Zugangsberechtigungen zum FTP-Server, sowie eine CD-ROM die sämtliche Ausschreibungsunterlagen enthält, versendet.

Auf das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO 1994 oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995 wird ausdrücklich hingewiesen.Auf das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß den Paragraphen 373 c, 373 d und 373 e GewO 1994 oder einer Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR Architektenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 694 aus 1995,, oder einer Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, der EWR Ingenieurkonsulentenverordnung, Bundesgesetzblatt Nr. 695 aus 1995, wird ausdrücklich hingewiesen.

[...]

VI.5) TAG DER ABSENDUNG DIESER BEKANNTMACHUNG  
römisch sechs.5) TAG DER ABSENDUNG DIESER BEKANNTMACHUNG:

28.4.2009."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 18. Mai 2009 fand eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen statt. Darin wurde ua das Ende der Angebotsfrist auf 3. Juni 2009, 12.00 Uhr, und die Angebotsöffnung auf 13.30 Uhr des selben Tags verschoben. Am 20. Mai 2009 fand eine weitere Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen statt. Mit der dritten Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vom 28. Mai 2009 wurde das Ende der Angebotsfrist auf 5. Juni 2009, 12.00 Uhr, und die Angebotsöffnung auf 13.30 Uhr des selben Tags verschoben. Es fanden mehrere Runden zur Beantwortung von Fragen von Bieterinnen statt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung fand am 5. Juni 2009, 13.30 Uhr bis 14.30 Uhr statt. Die F\*\*\* gab mit Euro 1.147.370,44 ohne USt das billigste Angebot für Los 2 ab. Die Antragstellerin gab mit Euro 1.250.633,44 ohne USt das zweitbilligste und die Bietergemeinschaft G\*\*\*: H\*\*\* - I\*\*\* mit Euro 2.200.899,00 ohne USt das drittbilligste Angebot für Los 2 ab. Nachdem die Auftraggeberin von einigen Bieterinnen Unterlagen nachgefordert hatte, fanden ua 29. Juni 2009 mit die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin Aufklärungsgespräche statt. Es wurden keine Angebote ausgeschrieben. Am 21. Juli 2009 gab die Auftraggeberin zwischen 12.54 Uhr und 13.02 Uhr allen Bieterinnen die Zuschlagsentscheidung für Los 1 zugunsten der Bietergemeinschaft J\*\*\* K\*\*\* - L\*\*\* - M\*\*\* mit einer Auftragssumme von netto Euro 1.141.350,71 und für Los 2 zugunsten der F\*\*\*. mit einer Auftragssumme von netto Euro 1.147.370,44 per E-Mail bekannt. Darin war das Ende der Stillhaltefrist mit 30. Juni 2009 angegeben. Mit E-Mail vom 21. Juli 2009, 14.53 Uhr wies die Antragstellerin auf das Vorliegen von Ausscheidungsgründen betreffen die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hin und behielt sich weitere rechtliche Schritte vor. Mit E-Mail vom 22. Juli 2009,

14.38 Uhr, fragte die Antragstellerin wegen des Endes der Stillhaltefrist nach. Mit E-Mail vom 22. Juli 2009, abgesandt zwischen 16.58 Uhr und 17.04 Uhr, gab die Auftraggeberin eine korrigierte Zuschlagsentscheidung mit dem Ende der Stillhaltefrist 5. August 2009, 24.00 Uhr bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 7.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen, die Unterlagen des Vergabeverfahrens und Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

### 3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (grundlegend BVA 3. 7. 2007, N/0054-BVA/07/2007-60, RPA-Slg 2007/32 = ZVB 2007/69 [Schidlof]). An der diesem Bescheid zugrundeliegenden Sach- und Rechtslage trat seither keine Änderung ein). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses liegt jedoch unterhalb des Schwellenwertes, sodass gemäß § 318 Abs 1 Z 4 BVergG die Pauschalgebühr für den Unterschwellenbereich zu entrichten ist. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Galleria di Base del Brennero Brenner Basistunnel BBT SE. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (grundlegend BVA 3. 7. 2007, N/0054-BVA/07/2007-60, RPA-Slg 2007/32 = ZVB 2007/69 [Schidlof]). An der diesem Bescheid zugrundeliegenden Sach- und Rechtslage trat seither keine Änderung ein). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtauftrags liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses liegt jedoch unterhalb des Schwellenwertes, sodass gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG die Pauschalgebühr für den Unterschwellenbereich zu entrichten ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 6. August 2009, OZ 15, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 6. August 2009, OZ 15, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

### 3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

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

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

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

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. 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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die F\*\*\* beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die F\*\*\* beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten

Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in erster Linie im Erhalt des Auftrags. Dazu will sie die Zuschlagserteilung an die F\*\*\* hintanhalten, um den Eintritt des geltend gemachten drohenden Schadens vorläufig zu verhindern.

Der Auftraggeber macht lediglich geltend, dass die einstweilige Verfügung auf das Los 2 beschränkt werden soll, da die Zuschlagsentscheidung lediglich dieses betreffend angefochten wurde.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN).

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung nimmt ihr die Wirkung und verhindert - mangels gesetzlicher Nichtigkeitssanktion - die Zuschlagserteilung, da diese nur auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung erfolgen kann. Die Kombination beider Mittel belastet die Auftraggeberin nicht stärker als nötig, da sie lediglich in dem Ausmaß belastet ist, das zur Absicherung des Nachprüfungsverfahrens unbedingt erforderlich ist, im Übrigen jedoch ihre volle Handlungsfreiheit behält (BVA 26. 3. 2009, N/0021-BVA/10/2009 EV10).

Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von sechs Wochen. Die Dauer der anzuordnenden Maßnahme ist kein notwendiger Bestandteil des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 2 BVergG. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Bestimmung der Dauer der vorläufigen Maßnahme, ohne dabei jedoch von einer Bindung an das Antragsvorbringen auszugehen, zumal das Bundesvergabeamt auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern,

wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen. Vielmehr legt § 329 Abs 3 BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde (BVA 23. 4. 2009, N/0036 BVA/10 2009- EV13; siehe auch Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, MTK EO13 [2002] § 391). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011, RPA-Slg 2008/18; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054-4, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]; T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] § 329 Rz 22). Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer von sechs Wochen. Die Dauer der anzuordnenden Maßnahme ist kein notwendiger Bestandteil des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Bestimmung der Dauer der vorläufigen Maßnahme, ohne dabei jedoch von einer Bindung an das Antragsvorbringen auszugehen, zumal das Bundesvergabeamt auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen. Vielmehr legt Paragraph 329, Absatz 3, BVergG die Bemessung der Frist in das Ermessen der Behörde (BVA 23. 4. 2009, N/0036 BVA/10 2009- EV13; siehe auch Jakusch in Angst/Jakusch/Pimmer, MTK EO13 [2002] Paragraph 391.). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung [2000], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011, RPA-Slg 2008/18; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054-4, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]; T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] Paragraph 329, Rz 22).

Mit diesem Bescheid sind gemäß § 59 Abs 1 AVG alle Einwendungen gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung miterledigt. Mit diesem Bescheid sind gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG alle Einwendungen gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung miterledigt.

#### **Schlagworte**

gelindestes Mittel; Dauer der Maßnahme;

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.10.2009

**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](http://www.jusline.at)