

TE Verg Bescheid 2008/7/30 N/0059-BVA/09/2008-EV69

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.07.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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 idFBGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 3 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel", über den Antrag des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, vom 23. Juli 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die erste Vertreterin des Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel", über den Antrag des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, vom 23. Juli 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag "das Bundesvergabeamt möge die mit 16.6.2008 erlassene einstweilige Verfügung (N/0059-BVA/09/2008-EV16) gemäß § 329 Abs. 3 3.Satz BVergG unverzüglich aufheben" wird abgewiesen. Der Antrag "das Bundesvergabeamt möge die mit 16.6.2008 erlassene einstweilige Verfügung (N/0059-BVA/09/2008-EV16) gemäß Paragraph 329, Absatz 3,

3.Satz BVergG unverzüglich aufheben" wird abgewiesen.

Dem Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG bleibt es für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Die A***, vertreten durch Rechtsanwälte Y*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 9. Juni 2008 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass ihr mit E-Mail vom 26. Mai 2008 mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der B*** mit einem Gesamtpreis von netto Euro zu erteilen.

Das Interesse am Erhalt des Auftrages habe die Antragstellerin durch Legung eines rechtsverbindlichen Angebotes zu einem Nettopreis von Euro 2.369.319,92 dokumentiert. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung müsste die Antragstellerin Bestbieterin und daher Zuschlagsempfängerin sein. Durch die beabsichtigte rechtswidrige Vorgangsweise des Auftraggebers würde der Antragstellerin ein erheblicher Schaden erwachsen. Konkret werde der Schaden mit 5% der Auftragssumme zuzüglich der frustrierten Kosten für die Angebotslegung angegeben. Als weiterer Schaden seien die Kosten für das Nachprüfungsverfahren und der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes zu nennen.

Aus der Ausschreibung gehe weder hervor, ob es sich gegenständlich um einen Bau- oder um einen Lieferauftrag handle, noch um welche Art des Vergabeverfahrens. Dass der Auftraggeber in der Ausschreibung angebe, dass das gegenständliche Verfahren im Unterschwellenbereich angesiedelt sei, lasse den Schluss zu, dass der Auftraggeber vom Vorliegen eines Bauauftrages ausgehe. Nach Ansicht der Antragstellerin handle es sich jedoch gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Diesen Schluss lasse die vom Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung vom 26. Mai 2008 angegebene 14-tägige Stillhaltefrist zu. Daraus ergebe sich die Konsequenz, dass das gegenständliche Vergabeverfahren mit einem gravierenden Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze behaftet sei, welcher als Wurzelmangel zur Nichtigkeit des gesamten Verfahrens führe. Durch die unklaren Angaben des Auftraggebers würden vergaberechtliche Grundsätze, insbesondere das Transparenzgebot, verletzt.

Bei der Abgrenzung zwischen einem Bau- und Lieferauftrag komme es immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Gegenständlich sei vom Vorliegen eines Lieferauftrages iSv § 5 BVergG auszugehen. Dies einerseits, da die im LV genannten Hauptleistungen nicht fix mit dem Untergrund bzw. dem Tunnel verbaut würden bzw. diese ohne Schädigung der Substanz wieder entfernt werden könnten, und andererseits, da eine Tunnelfunkanlage für die Funktionalität des Tunnels nicht zwingend erforderlich sei. Für die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer/Züge sei die bestehende Anlage jedenfalls ausreichend. Deren Austausch sei derzeit noch nicht zwingend geboten. Aus alledem folge, dass es sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handeln müsse. Bei der Abgrenzung zwischen einem Bau- und Lieferauftrag komme es immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. Gegenständlich sei vom Vorliegen eines Lieferauftrages iSv Paragraph 5, BVergG auszugehen. Dies einerseits, da die im LV genannten Hauptleistungen nicht fix mit dem Untergrund bzw. dem Tunnel verbaut würden bzw. diese ohne Schädigung der Substanz wieder entfernt werden könnten, und andererseits, da eine Tunnelfunkanlage für die Funktionalität des Tunnels nicht zwingend erforderlich sei. Für die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer/Züge sei die bestehende Anlage jedenfalls ausreichend. Deren Austausch sei derzeit noch nicht zwingend geboten. Aus alledem folge, dass es sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handeln müsse.

Die Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Erfordernissen des § 272 BVergG. Nach dieser Bestimmung seien den verbleibenden Bietern in einem Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe der Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme, sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Da die Ausschlussstatbestände des § 272 Z 1 bis 5 BVergG nicht greifen würden, wäre der Auftraggeber jedenfalls verpflichtet gewesen, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sowie insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzustellen. Dies habe der Auftraggeber in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung jedoch verabsäumt. Weiters hätte - sollte es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handeln, was jedoch ausdrücklich bestritten werde - der Auftraggeber die Stillhaltefrist falsch angegeben. Dies würde per se zur Formunrichtigkeit der Zuschlagsentscheidung und in der Folge zu deren Nichtigkeit führen. Die Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den Erfordernissen des Paragraph 272,

BVergG. Nach dieser Bestimmung seien den verbleibenden Bietern in einem Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe der Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme, sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Da die Ausschlussstatbestände des Paragraph 272, Ziffer eins bis 5 BVergG nicht greifen würden, wäre der Auftraggeber jedenfalls verpflichtet gewesen, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin sowie insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzustellen. Dies habe der Auftraggeber in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung jedoch verabsäumt. Weiters hätte - sollte es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handeln, was jedoch ausdrücklich bestritten werde - der Auftraggeber die Stillhaltefrist falsch angegeben. Dies würde per se zur Formunrichtigkeit der Zuschlagsentscheidung und in der Folge zu deren Nichtigkeit führen.

Davon abgesehen sei die Zuschlagsentscheidung auch inhaltlich nicht rechters. Insbesondere im maßgeblichen Kriterium "Qualität der Leistung" habe die Antragstellerin Anlagen, Produkte sowie Montagen auf höchstem Niveau angeboten. Die Antragstellerin bestreite, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Produkte besserer Qualität angeboten habe. Daher seien weder die Punktevergabe bei der technischen Bewertung, als auch die Bewertung der Option mit 35 % für die Antragstellerin nachvollziehbar und lasse nur den Schluss zu, dass der Auftraggeber keine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen habe bzw. dass die Angebotsprüfung grob mangelhaft gewesen sei. Andernfalls hätte die Antragstellerin beim Zuschlagskriterium "technische Bewertung" die Höchstpunktzahl erreichen müssen und wäre demzufolge - trotz eines höheren Angebotspreises - Bestbieterin gewesen.

Die Zuschlagsentscheidung stehe somit im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG. Dies sei auch für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss, da bei gesetzeskonformer Vorgangsweise eine andere Entscheidung zu treffen gewesen wäre. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf eine ordnungsgemäße Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und in ihrem Recht, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots zu erfahren, verletzt.

Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2008 erstattete der Auftraggeber, vertreten durch X***, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung.

Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien. Vergebende Stelle sei die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, Abteilung T-Kom Services, Wilhelmstraße 64, 1120 Wien.

Das Vergabeverfahren sei in Österreich unter der Nummer L-381446- 7b13 veröffentlicht worden. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) sei im Amtsblatt der EG unter 2007/S 22- 2-271027 am 17. November 2007 veröffentlicht worden. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250. Dieser solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das Bauvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf Euro 122 Mio. ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel / Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" belaufe sich auf Euro 2,8 Mio. ohne USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 180 BVergG. Das Vergabeverfahren sei in Österreich unter der Nummer L-381446- 7b13 veröffentlicht worden. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) sei im Amtsblatt der EG unter 2007/S 22- 2-271027 am 17. November 2007 veröffentlicht worden. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250. Dieser solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Das Bauvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf Euro 122 Mio. ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel / Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" belaufe sich auf Euro 2,8 Mio. ohne USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, BVergG.

Die Angebotsöffnung der Erstangebote habe am 26. März 2008 stattgefunden. Es hätten nur zwei Bieter Angebote gelegt. Das Letztangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe sich auf

Euro Mio. belaufen. Die Angebotssumme des Letztangebotes der Antragstellerin habe Euro Mio. betragen.

Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen verbliebenen Bietern mittels E-mail am 26. Mai 2008 bekannt gegeben worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden, auch seien weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben,

noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Zur Interessenabwägung hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber insbesondere vor, dass das gegenständliche Los "Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" in das Gesamtvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" eingebettet sei. Eine Verzögerung der Zuschlagserteilung des verfahrensgegenständlichen Loses würde zu einer Verzögerung des gesamten Bauvorhabens führen. Insbesondere sei im Rahmen des Gesamtvorhabens eine Sperre der Schienentrasse durch den Arlberg für den Monat August 2008 geplant. Eine zeitliche Verzögerung der Zuschlagserteilung hätte zur Folge, dass der Einbau des zu montierenden Strahlerkabels nicht in diesem Monat, sondern erst nach einer neuerlichen Bauablaufsplanung nur in Stundensperren im nächsten Jahr möglich wäre. Neben dem dargestellten Zeitverlust würde es auch zu einer Verteuerung für die Montagearbeiten im Ausmaß von Euro 300.000,- kommen.

Bei einer Verzögerung des Gesamtvorhabens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung wäre auch das besondere öffentliche Interesse des Schutzes von Leib und Leben - konkret der Sicherheit der Benutzer des Arlbergtunnels - erheblich betroffen. Es wären nämlich der Einbau des Strahlerkabels und in der Folge auch der Tunnelfunkanlage und der gesamten sicherheitstechnischen Nachrüstung bis ins nächste Jahr verzögert.

Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2008 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger, vertreten durch Dr. Z***, vor, dass von der Erlassung der einstweiligen Verfügung abzusehen sei, weil deren nachteilige Folgen im Hinblick auf bestehende besondere öffentliche Interessen das Interesse der Antragstellerin bei weitem überwiegen würden. Die beantragte Maßnahme, ein Aussetzen des Verfahrens sei überschießend und im gegenständlichen Verfahrensstadium weder möglich noch erforderlich. Dem Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin wäre bereits durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung Genüge getan.

Die Antragstellerin stütze ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausschließlich auf finanzielle und wirtschaftliche Interessen. Nach der Judikatur sei von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung insbesondere dann abzusehen, wenn den bloß finanziellen und wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin die höherwertigen schützenswerten Rechtsgüter "Leib und Leben" gegenüberstünden.

Das gegenständliche Vorhaben diene nicht zuletzt der durchgängigen Versorgung der Fluchtwege im Arlbergtunnel mit Funkversorgung auf Basis des TETRA-Standards für die Blaulicht- und Rettungsorganisationen (Digitalfunknetz zur Gewährleistung einer sicheren Kommunikation der Einsatzorganisationen; in Tirol seit 2006 flächendeckend in Betrieb). Die Straßen- und Bahntunnel in Tirol seien mit mehreren Rettungs- und Fluchtwegen verbunden worden. Diese seien im März 2008 fertig gestellt worden. Im Falle der Kommunikation der Einsatzkräfte über das digitale Funknetz der Blaulichtorganisationen bestehe im Eisenbahntunnel derzeit noch keine Funkversorgung. Im Ereignisfall würden jedoch die Rettungskräfte diese Kommunikationsmöglichkeit sowohl untereinander als auch zur Koordination eines Großschadenereignisses benötigen. Die Ausstattung mit der entsprechenden Tunnelfunkanlage sei Gegenstand des gegenständlichen Vergabeverfahrens.

Täglich würde der Eisenbahntunnel von bis zu 90 Zügen mit 4000 Passagieren befahren. Es bestehe das besondere öffentliche Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens, da die Ausstattung des Arlbergtunnels mit der ausgeschriebenen Tunnelfunkanlage keinen Aufschub dulde. Mit dieser würden internationale Sicherheitsstandards gewährleistet, die sich in den letzten Jahren aufgrund mehrerer schwerer Unfälle in Verkehrstunneln als unbedingt erforderlich erwiesen hätten. Es gehe einerseits um die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer, andererseits auch um den Schutz der Einsatzkräfte, deren Leben durch mangelnde Funkversorgung im Tunnel gefährdet werden könnte. Eine mangelnde Funkversorgung stünde auch einer effizienten und möglichst raschen Bergung von Unfallopfern entgegen.

Hiezu komme, dass aufgrund der Verzahnung der im Bereich des Auftraggebers ÖBB zu errichtenden Tunnelfunkversorgung mit jener im Bereich der ASFINAG und des zwischen diesen abgestimmten Zeitplanes eine Verzögerung im Projekt nicht hingenommen werden könne. Es dürfe nicht übersehen werden, dass für die gegenständlichen Leistungen der Tunnel nur einleisig für beide Richtungen betrieben werden könne und für eine solche Maßnahme im internationalen Bahnverkehr mehrere Monate bzw. Jahre an Vorbereitung, Koordination und Planung erforderlich seien. Diese würden den Auftraggeber mit massiven Kosten belasten, welche die wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin schon für sich allein betrachtet, bei weitem überwiegen würden.

Mit Schriftsatz vom 12. Juni 2008 brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass das Tunnelsicherheitskonzept, welches Teil des eisenbahnrechtlichen Genehmigungsverfahrens für die sicherheitstechnische Nachrüstung des Arlberg隧nells sei, u.a. eine verbesserte, nämlich eine digitale, Funkausrüstung für den Tunnelbereich inklusive Rettungsplätzen und FRW-System vorsehe. Diese würden über die Funkfrequenzen Zugfunk, Feuerwehr Tirol, Feuerwehr Vorarlberg, Rettung Tirol und Rettung Vorarlberg, verfügen. Diese neue Funkausrüstung sei auch für die weitere Betriebsgenehmigung des Arlberg隧nells zwingend erforderlich. Derzeit sei der Eisenbahntunnel lediglich mit einer analogen Zugfunkanlage ausgestattet. Dies bedeute, dass vom Tunnel aus nur mit einer ÖBB-internen Stelle kommuniziert werden könne. Diese eingeschränkte Kommunikation könne im Notfall ernste Folgen nach sich ziehen. Falls etwa die ÖBB-interne Stelle aus technischen Gründen nicht erreichbar wäre, habe der Zugführer keine Möglichkeit, die Einsatzkräfte zu verständigen. Die neue Funkausrüstung gemäß dem Tunnelsicherheitskonzept, welche nun in der Folge dieses Vergabeverfahrens zu installieren sei, sehe ein digitales System vor. Dieses erlaube eine direkte Kommunikation mit den Einsatzkräften aus dem Tunnel heraus. Zugleich habe das digitale System den weiteren Vorteil, dass auch innerhalb des Tunnells mit einer großen Anzahl von Personen gleichzeitig kommuniziert werden könne. Dies erhöhe die Effizienz der Einsatzkräfte und auch deren Sicherheit während des Einsatzes im Tunnel.

Die derzeit in Betrieb befindliche analoge Tunnelfunkanlage sei lediglich für die Kommunikation des Zugführers mit dem Fahrdienstleiter im nächsten besetzten Bahnhof sowie für kleinere Baustellen im Tunnel konzipiert. Die analoge Technik erlaube es jedoch nicht, eine große Anzahl von Einsatzkräften im Tunnel zu koordinieren. Dasselbe gelte auch für Arbeiter auf Baustellen im Tunnel. Zurzeit arbeite ein Unternehmer mit ca. 20 Personen im Tunnel. Deren Kommunikation und Sicherheit sei derzeit nur deshalb gewährleistet, da die geringe Anzahl an Personen mit dem in Betrieb befindlichen analogen System gerade noch bewältigt werden könne. Der Bauzeitenplan des Gesamtprojektes sehe jedoch ab Ende September 2008 den gleichzeitigen Arbeitseinsatz einer Vielzahl von Unternehmern auf den Baustellen im Tunnel vor. Es würden dann ca. 40 Arbeitnehmer im Tunnel beschäftigt sein. Deren Kommunikation und deren Sicherheit seien mit dem derzeitigen System keinesfalls gewährleistet. Daher müsse die neue Tunnelfunkausrüstung (digitales System) jedenfalls vor dem Einsatz dieser Arbeitnehmer in Betrieb genommen worden sein. Da die Tunnelfunkanlage aus Sicherheitsgründen heuer ausschließlich während der Tunnelsperre im August installiert werden könne, sei der gesamte Bauzeitplan des Gesamtprojektes an der Tunnelsperre im August 2008 ausgerichtet.

Die Erlassung der einstweiligen Verfügung würde dazu führen, dass die Installationen der Tunnelfunkanlage jedenfalls nicht während der Sperre des Tunnells im August 2008 durchgeführt werden könnten. Aus betriebstechnischen und sicherheitstechnischen Gründen wäre die Installation erst im nächsten Jahr (unter erschwerten Bedingungen) möglich. Würden die Arbeiten an den Gewerken mit - wie dargestellt - ca. 40 Arbeitnehmern im September 2008 durchgeführt, ohne dass die neue Tunnelfunkanlage bereits installiert worden wäre, wäre die Kommunikation mit diesen Arbeitern und damit deren Sicherheit von Leib und Leben keinesfalls gewährleistet.

Schließlich wäre auch die Sicherheit jener Personen, die sich im Ernstfall in einen der Flucht- und Rettungstunnel flüchten, betroffen. Derzeit seien die dort installierten Notrufanlagen mit einer Betriebsstelle der ASFINAG verbunden, welche im Ereignisfall wiederum die Einsatzkräfte alarmieren würde. Schließlich seien die Anlagen des neuen Tunnelfunksystems durch eine spezielle brandhemmende Verkleidung besser brandgeschützt, als die bestehende Funkanlage.

Mit Schriftsatz vom 16. Juni 2008 nahm der Auftraggeber ergänzend zu den von der Antragstellerin behaupteten gravierenden Verstößen gegen vergaberechtliche Grundsätze ausführlich Stellung.

Mit Schriftsatz vom 23. Juni 2008 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen und brachte Zweifel an der Antragslegitimation der Antragstellerin vor. Mit Schriftsatz vom 3. Juli 2008 nahm er nochmals ergänzend Stellung.

Mit Schriftsätzen vom 25. und 27. Juni 2008 sowie 7. Juli 2008 brachte die Antragstellerin ergänzend insbesondere zu Art und Höhe des zu vergebenden Auftrages, zur Rechtswidrigkeit von Zuschlagsentscheidung und Bewertung des Zuschlagskriteriums "technische Bewertung", zur Option, zur Beschäftigung von Subunternehmern und zum behaupteten Fehlen der Antragslegitimation vor.

Am 7. Juli 2008 legte der Auftraggeber dem BVA weitere Unterlagen zu der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe vor und nahm ergänzend zu der auf sein Ersuchen vom 27. Juni 2008 von der Antragstellerin an ihn mit Schriftsatz vom 4. Juli 2008 gegebenen Aufklärung ausführlich Stellung.

Mit Telefax und E-mail vom 8. Juli 2008 gab der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt.

In der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2008 erhielten die Antragstellerin, der Auftraggeber und der präsumtive Zuschlagsempfänger Gelegenheit sich nochmals zu äußern.

Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2008 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 8. Juli 2008, das Angebot der Antragstellerin aus dem bereits gegenständlich einer Nachprüfung unterzogenen Vergabeverfahren auszuschneiden. Dieser Antrag wurde zu BVA GZ N/0100-BVA/09/2008 protokolliert.

Mit Schriftsätzen vom 15. und 17. Juli 2008 nahmen zunächst der Auftraggeber und danach der präsumtive Zuschlagsempfänger nochmals zur Eignung der Antragstellerin ergänzend Stellung.

Mit Schriftsatz vom 23. Juli 2008 stellte der Auftraggeber einen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 3 dritter Satz BVergG. Begründend führte er insbesondere aus, dass sämtliche Vorraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung am 16. Juni 2008 geführt hätten, weggefallen seien. Die Antragstellerin habe ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemeinsam mit dem Nachprüfungsantrag am 9. Juni 2008 eingebracht. Die Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG von 6 Wochen sei somit am 21.07.2008 abgelaufen. Die einstweilige Verfügung sei für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen worden. Mit Schriftsatz vom 23. Juli 2008 stellte der Auftraggeber einen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz 3, dritter Satz BVergG. Begründend führte er insbesondere aus, dass sämtliche Vorraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung am 16. Juni 2008 geführt hätten, weggefallen seien. Die Antragstellerin habe ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemeinsam mit dem Nachprüfungsantrag am 9. Juni 2008 eingebracht. Die Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG von 6 Wochen sei somit am 21.07.2008 abgelaufen. Die einstweilige Verfügung sei für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen worden.

Zwischenzeitig habe die Antragstellerin einen zweiten Nachprüfungsantrag hinsichtlich desselben Vergabeverfahrens (nunmehr betreffend die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung; protokolliert zu N/0100-BVA/09/2008) eingebracht. Da das zweite Nachprüfungsverfahren dasselbe Vergabeverfahren betreffe, werde mit einer schriftlichen Entscheidung (auch) im ersten Nachprüfungsverfahren frühestens in der Woche vom 4. bis 11.08.2008 zu rechnen sein. Einem Auftraggeber könne nicht zugemutet werden, dass er die Dauer von zwei Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren habe. Hiezu werde auf die Entscheidung des BVA vom 09.05.2007, N/0044-BVA/04/2007-EV14 verwiesen.

Für eine sofortige Aufhebung der einstweiligen Verfügung spreche, dass der Sachverhalt in beiden Nachprüfungsverfahren wie auch die rechtliche Beurteilung völlig klar seien. Insbesondere auf Grund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung im ersten Nachprüfungsverfahren und der darauf folgenden fortgesetzten Angebotsprüfung und dem Feststellen jedenfalls eines Ausscheidensgrundes, hätten sich die Vorraussetzungen, welche zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hätten, zwischenzeitig grundlegend geändert. Auch der Antragstellerin sei nun klar, dass die Entscheidung mit größter Wahrscheinlichkeit zu ihren Ungunsten ausfallen werde. Die Erfolgsaussichten der Antragstellerin seien also denkbar gering und aus diesem Grund sei eine sofortige Aufhebung der einstweiligen Verfügung angezeigt.

Die Antragstellerin habe ohnehin kein Interesse, die gegenständliche Leistung als Referenz für zukünftige Vergabeverfahren zu verwerten, da sie sich - trotz Einladung zur Angebotsabgabe - im Vergabeverfahren "Leistungen für Lainzer Tunnel West - Verbindungsstrecke zwischen West-, Süd- und Donauländebahn (Westteil) Tunnelfunkanlage Weichenhalle Purkersdorf", nicht beteiligt habe.

Im Übrigen wiederholte der Auftraggeber seine bereits zum seinerzeitigen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erstatteten Vorbringen betreffend das Tunnelsicherheitskonzept, die Sicherheit der Fahrgäste und des Zugpersonals im Tunnel, die Sicherheit der Einsatzkräfte im Tunnel, die Sicherheit der Arbeitnehmer auf der Baustelle im Tunnel, die Sicherheit aller Personen in den neuen Flucht- und Rettungstunnel sowie den besseren Brandschutz.

Mit Schriftsatz vom 24. Juli 2008 nahm die Antragstellerin zum Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung

Stellung und brachte im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber mit derselben Begründung, mit welcher er sich gegen die Erlassung der gegenständlichen einstweiligen Verfügung ausgesprochen habe, nunmehr deren Aufhebung begehre. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren sei jedoch noch anhängig und es werde eine weitere mündliche Verhandlung folgen. Das Ermittlungsverfahren sei somit noch nicht abgeschlossen.

Das Vorbringen des Auftraggebers hinsichtlich der angeblich geringen Erfolgsaussichten der Antragstellerin sei unrichtig und für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber versuche, der Entscheidung des Bundesvergabeamtes in unzulässiger Weise vorgreifen zu wollen. Die Antragstellerin verfüge über die nötige Eignung und habe diese bereits mit dem Teilnahmeantrag nachgewiesen. Die Eignungskriterien laut Ausschreibung seien erfüllt worden. Mit der im Nachhinein vom Auftraggeber mit Schreiben vom 27.6.2008 festgelegten Verschärfung der Eignungskriterien habe dieser unzulässigerweise das Gleichbehandlungsgebot missachtend, sein Ermessen überschritten und darauf aufbauend das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Dass die bestehende einstweilige Verfügung länger aufrecht bleiben müsse, habe der Auftraggeber somit selbst zu verantworten, was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sei. Da die Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt hätten nach wie vor bestehen würden, werde beantragt, den Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Aufgrund des Vorbringens des Auftraggebers, der Antragstellerin sowie des präsuntiven Zuschlagsempfängers, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 9.07.2008 wurde für das Provisorialverfahren folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde in Österreich unter Nr. L-381446-7b13 veröffentlicht. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) wurde unter 2007/S 222-2710127 am 17.11.2007 im ABl der EG veröffentlicht. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Laut Angaben des Auftraggebers handelt es sich um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde in Österreich unter Nr. L-381446-7b13 veröffentlicht. Der Aufruf zum Wettbewerb (Bekanntmachung-Sektoren) wurde unter 2007/S 222-2710127 am 17.11.2007 im Amtsblatt der EG veröffentlicht. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Laut Angaben des Auftraggebers handelt es sich um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250.

Auftraggeber ist die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, vergebende Stelle ist die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft. Die Bezeichnung des verfahrensgegenständlichen Loses lautet: "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel". Dieses Los ist Teil des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel". Der geschätzte Auftragswert aller Lose beläuft sich auf Euro 122 Mio ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro 2,8 Mio ohne USt. Es handelt sich sohin um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (vgl § 180 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 182 leg.cit). Auftraggeber ist die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, vergebende Stelle ist die ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft. Die Bezeichnung des verfahrensgegenständlichen Loses lautet: "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel". Dieses Los ist Teil des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel". Der geschätzte Auftragswert aller Lose beläuft sich auf Euro 122 Mio ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt Euro 2,8 Mio ohne USt. Es handelt sich sohin um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vergleiche Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 182, leg.cit).

Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Tunnelfunksystems für den Arlbergtunnel. Leistungsumfang sind sämtliche Hardwarekomponenten, Montagen und Leistungen, um die geforderten Funktionalitäten erfüllen zu können und die Schulung der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG-Mitarbeiter.

Schlussstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 14.12.2007. Zwei Unternehmer haben Teilnahmeanträge und in der Folge Angebote gelegt (Vergabeakt).

Die Auswertung der Teilnahmeanträge (Berufliche Befugnis, Allgemeine berufliche Zuverlässigkeit - Erklärung, Allgemeine berufliche Zuverlässigkeit - Bescheinigung SV/Finanz, Technische und Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) hat für den präsuntiven Zuschlagsempfänger 100 von erreichbaren 100 Punkten ergeben und für die Antragstellerin 72 von 100 möglichen Punkten.

Die Öffnung der Erstangebote fand am 26.3.2008, die der Letztangebote am 28.4.2008 statt. Der Angebotspreis des Letztangebotes der Antragstellerin belief sich auf Euro ,

jener des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Euro .

Mittels E-Mail wurde die Zuschlagsentscheidung am 26.5.2008 allen Bietern bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 9.6.2008 brachte die Antragstellerin ua. Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Mit Bescheid des Bundesvergabamtes vom 16.6.2008, GZ N/0059-BVA/09/2008-EV16 wurde dem Auftraggeber für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt unterzog der Auftraggeber den Teilnahmeantrag bzw das Angebot der Antragstellerin einer "genaueren" Prüfung (vgl Aussage RA Dr. X*** und Ing. D*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 51). Die vergebende Stelle forderte die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.6.2008 ("Aufklärungsschreiben") auf, bis 4.7.2008 Fragen betreffend einzusetzende Mitarbeiter, Geräteausstattung, Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen, technische Beschreibung der angebotenen Leistungen, sowie zu den Referenzprojekten und den Preisangaben (K 3-Blatt, K 7-Blätter) zu beantworten. Das Antwortschreiben der Antragstellerin zur Aufklärung datiert vom 4.7.2008. Erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesvergabeamt unterzog der Auftraggeber den Teilnahmeantrag bzw das Angebot der Antragstellerin einer "genaueren" Prüfung vergleiche Aussage RA Dr. X*** und Ing. D*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 51). Die vergebende Stelle forderte die Antragstellerin mit Schreiben vom 27.6.2008 ("Aufklärungsschreiben") auf, bis 4.7.2008 Fragen betreffend einzusetzende Mitarbeiter, Geräteausstattung, Anteil der Fremdfirmen am Gesamtauftragsvolumen, technische Beschreibung der angebotenen Leistungen, sowie zu den Referenzprojekten und den Preisangaben (K 3-Blatt, K 7-Blätter) zu beantworten. Das Antwortschreiben der Antragstellerin zur Aufklärung datiert vom 4.7.2008.

Mit Telefax und E-Mail vom 8.7.2008 gab der Auftraggeber der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt. Als Gründe wurden ua. genannt die unterlassene (nachvollziehbare) Aufklärung, die fehlende Eignung und die unterlassene Namhaftmachung von Subunternehmern.

Am 9.7.2008 fand eine mündliche Verhandlung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt statt.

Mit Schriftsatz vom 11.7.2008 legte die Antragstellerin ein mit 10.7.2008 datiertes Angebot der Fa. Q*** betreffend die Miete von GSM R-Tester und GSM R- Spezialgeräten vor.

Mit Schriftsatz vom 15. Juli 2008, protokolliert unter GZ N/0100- BVA/09/2008-1, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien und den von diesen vorgelegten Urkunden des Vergabeverfahrens.

Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 329 Abs 3 3. Satz BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, 3. Satz BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Der Auftraggeber beantragte am 23.7.2008 die Aufhebung der mit Bescheid des Bundesvergabamtes vom 16.6.2008, GZ N/0059- BVA/09/2008-EV16 erlassenen einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, den Zuschlag zu erteilen. Er brachte im Wesentlichen vor, dass sämtliche Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung am 16.6.2008 geführt hätten, weggefallen seien. Insbesondere sei die Entscheidungsfrist für den am 9.6.2008 eingebrachten Nachprüfungsantrag von 6 Wochen gemäß § 326 BVergG am 21.07.2008 abgelaufen. Da die Antragstellerin am 15.7.2008 einen weiteren, Nachprüfungsantrag betreffend die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 8.7.2008 ihr Angebot aus dem bereits streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden eingebracht hat, könne ihm nicht zugemutet werden, dass er

die Dauer von zwei Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren habe. Der Auftraggeber beantragte am 23.7.2008 die Aufhebung der mit Bescheid des Bundesvergabamtes vom 16.6.2008, GZ N/0059- BVA/09/2008-EV16 erlassenen einstweiligen Verfügung, mit welcher dem Auftraggeber für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, den Zuschlag zu erteilen. Er brachte im Wesentlichen vor, dass sämtliche Vorraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung am 16.6.2008 geführt hätten, weggefallen seien. Insbesondere sei die Entscheidungsfrist für den am 9.6.2008 eingebrachten Nachprüfungsantrag von 6 Wochen gemäß Paragraph 326, BVergG am 21.07.2008 abgelaufen. Da die Antragstellerin am 15.7.2008 einen weiteren, Nachprüfungsantrag betreffend die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 8.7.2008 ihr Angebot aus dem bereits streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden eingebracht hat, könne ihm nicht zugemutet werden, dass er die Dauer von zwei Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren habe.

Wie die Erfahrungen in der Praxis zeigen (vgl. BVA 9.1.2008, N/0115-BVA/02/2007-EV13, 17.1.2007, N/102-BVA/04/2006-32 ua.), kann nicht in jedem Fall - und dies trifft auf den gegenständlichen Fall ebenso zu - davon ausgegangen werden, dass ein Nachprüfungsverfahren jedenfalls innerhalb einer 6-wöchigen Frist abgeschlossen werden kann. So kann es hinsichtlich ein und derselben Auftragsvergabe aufgrund der Anfechtung verschiedener Auftraggeberentscheidungen zu mehreren Nachprüfungsverfahren kommen, die aufgrund der zeitlichen Abfolge, nicht gleichzeitig durchgeführt werden können (vgl. BVA 20.12.2007, N/107- BVA/14/2007-37). Mit Inkrafttreten des BVergG 2006 hat der Gesetzgeber auch das Ausscheiden eines Angebotes, neben der Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 festgelegt. Den dadurch potentiell für den Auftraggeber entstehenden Nachteilen, wenn schon eine Verfahrensverzögerung eingetreten ist, stehen die Vorteile der frühzeitigen Rechtssicherheit gegenüber, die der Auftraggeber dadurch erhält, dass die Nachprüfungsbehörde über die Rechtmäßigkeit einer Ausscheidensentscheidung gesondert absprechen kann (vgl. RV 1171 BlgNR 22. GP 14 zu §2 Z 16). Ein öffentlicher Auftraggeber hat daher im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nicht nur schon bei der Erstellung des ursprünglichen Zeitplanes für ein Vergabeverfahren, sondern auch im Zuge eines bereits ablaufenden Vergabeverfahrens bzw. während eines bereits anhängigen Rechtsschutzverfahrens darauf Bedacht zu nehmen. Selbst wenn § 269 BVergG dem Auftraggeber weder eine Verpflichtung noch eine Vorgabe hinsichtlich des Zeitpunktes einer Ausscheidensentscheidung auferlegt, hatte es der Auftraggeber selbst in der Hand, seine Entscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, orientiert an der von ihm vorgebrachten Dringlichkeit der Beschaffung, so rasch wie möglich und jedenfalls der Dringlichkeit entsprechend zügig zu treffen. Wie die Erfahrungen in der Praxis zeigen (vergleiche BVA 9.1.2008, N/0115-BVA/02/2007-EV13, 17.1.2007, N/102-BVA/04/2006-32 ua.), kann nicht in jedem Fall - und dies trifft auf den gegenständlichen Fall ebenso zu - davon ausgegangen werden, dass ein Nachprüfungsverfahren jedenfalls innerhalb einer 6-wöchigen Frist abgeschlossen werden kann. So kann es hinsichtlich ein und derselben Auftragsvergabe aufgrund der Anfechtung verschiedener Auftraggeberentscheidungen zu mehreren Nachprüfungsverfahren kommen, die aufgrund der zeitlichen Abfolge, nicht gleichzeitig durchgeführt werden können (vergleiche BVA 20.12.2007, N/107- BVA/14/2007-37). Mit Inkrafttreten des BVergG 2006 hat der Gesetzgeber auch das Ausscheiden eines Angebotes, neben der Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 festgelegt. Den dadurch potentiell für den Auftraggeber entstehenden Nachteilen, wenn schon eine Verfahrensverzögerung eingetreten ist, stehen die Vorteile der frühzeitigen Rechtssicherheit gegenüber, die der Auftraggeber dadurch erhält, dass die Nachprüfungsbehörde über die Rechtmäßigkeit einer Ausscheidensentscheidung gesondert absprechen kann (vergleiche Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 14 zu §2 Ziffer 16,). Ein öffentlicher Auftraggeber hat daher im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nicht nur schon bei der Erstellung des ursprünglichen Zeitplanes für ein Vergabeverfahren, sondern auch im Zuge eines bereits ablaufenden Vergabeverfahrens bzw. während eines bereits anhängigen Rechtsschutzverfahrens darauf Bedacht zu nehmen. Selbst wenn Paragraph 269, BVergG dem Auftraggeber weder eine Verpflichtung noch eine Vorgabe hinsichtlich des Zeitpunktes einer Ausscheidensentscheidung auferlegt, hatte es der Auftraggeber selbst in der Hand, seine Entscheidung das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, orientiert an der von ihm vorgebrachten Dringlichkeit der Beschaffung, so rasch wie möglich und jedenfalls der Dringlichkeit entsprechend zügig zu treffen.

Die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren entstandenen ermittlungstechnischen Verzögerungen wurden (im Unterschied zur Entscheidung des BVA vom 09.05.2007, N/0044-BVA/04/2007-EV14) primär vom Auftraggeber verursacht bzw. offenbar bewusst in Kauf genommen, da er wie er in der mündlichen Verhandlung am 9.7.2008 bestätigte, den Teilnahmeantrag bzw. das Angebot der Antragstellerin erst während des verfahrensgegenständlichen

Nachprüfungsverfahrens einen "genaueren" Prüfung unterzogen und in der Folge am 8.7.2008 (somit einen Tag vor der mündlichen Verhandlung) die Entscheidung getroffen bzw. bekannt gemacht hat, das Angebot unter anderem auch wegen fehlender Eignung der Antragstellerin auszuschneiden.

Diese Umstände in der Sphäre des Auftraggebers deuten ebenso nicht auf die wiederholt vorgebrachte besondere Dringlichkeit der Beschaffung hin, wie auch der bereits mit Bescheid des BVA vom 16.6.2008, N/0059-BVA/09/2008-EV16 aufgezeigte zeitliche Ablauf des Vergabeverfahrens seit Bekanntmachung der Ausschreibung Mitte November 2007 bis zur Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens.

Diese Vorgangsweise des Auftraggebers bedingt, dass der Sachverhalt im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren - vor allem in Bezug auf die erst mit Antrag vom 15.7.2008 begehrte Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung in der schon am 9.7.2008 im Nachprüfungsverfahren betreffend die Zuschlagsentscheidung durchgeführten mündlichen Verhandlung - nicht hinreichend geklärt werden konnte. Da somit eine mündliche Verhandlung in dem ein und dieselbe Auftragsvergabe betreffenden zweiten parallel anhängigen Nachprüfungsverfahren GZ N/0100-BVA/08/2008 noch stattzufinden hat, ist das Ermittlungsverfahren im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren noch nicht abgeschlossen.

Was das angeblich fehlende Interesse der Antragstellerin, die gegenständliche Leistung als Referenz für zukünftige Vergabeverfahren zu verwerten, betrifft, bleibt anzumerken, dass es sich um eine bloße Behauptung ohne Vorlage weiterer Beweismittel handelt, die mangels Nachvollziehbarkeit nicht Grundlage einer Interessenabwägung sein kann. Im Übrigen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24.7.2008 nochmals betont, dass sie die Eignungskriterien laut Ausschreibung erfüllt und der Auftraggeber erst im Nachhinein mit Schreiben vom 27.6.2008 diese Eignungskriterien unter Missachtung des Gleichbehandlungsgebotes unzulässigerweise verschärft und darauf aufbauend das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden habe.

Aufgrund der Notwendigkeit das Ermittlungsverfahren im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wegen des "nachträglichen" Antrages auf Überprüfung der Ausscheidensentscheidung zu ergänzen, bestehen die Voraussetzungen, die am 16.6.2008 zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung geführt haben, unverändert fort. Das Interesse der Antragstellerin an der vollständigen Prüfung der angefochtenen Entscheidung ist unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die sich ergebenden Zeitverzögerungen, wie oben dargestellt, dem Auftraggeber zuzurechnen sind, nach wie vor als überwiegend zu werten. Der auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag war daher abzuweisen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Aufhebung

Zuletzt aktualisiert am

15.09.2008

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