

TE Verg Bescheid 2008/6/16 N/0059-BVA/09/2008-EV16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.06.2008

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1 idF BGBlI Nr86/2007

BVergG 2006 §329 Abs1 idF BGBlI Nr86/2007

BVergG 2006 §329 Abs2 idF BGBlI Nr86/2007

BVergG 2006 §329 Abs3 idF BGBlI Nr86/2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idFBGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9. Juni 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 den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 9. Juni 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages untersagen bzw das Vergabeverfahren vorübergehend aussetzen" wird insofern stattgegeben, als es dem Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens untersagt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

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

Begründung

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

Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt werde. Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Infraservice Technik West, 6020 Innsbruck. Diese sei Sektorenauftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 iVm §§ 164 und 169 BVerG 2006. Die Ausschreibung sei nach dem Bestbieterprinzip erfolgt; Zuschlagskriterien seien die technische Bewertung (50%) und der Preis (50%). Technische Alternativangebote seien neben einem ausschreibungskonformen Angebot zugelassen. Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt werde. Auftraggeber sei die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, Infraservice Technik West, 6020 Innsbruck. Diese sei Sektorenauftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraphen 164 und 169 BVerG 2006. Die Ausschreibung sei nach dem Bestbieterprinzip erfolgt; Zuschlagskriterien seien die technische Bewertung (50%) und der Preis (50%). Technische Alternativangebote seien neben einem ausschreibungskonformen Angebot zugelassen.

Die Antragstellerin habe ein Angebot zu einem Nettopreis von Euro XXX gelegt. Mit E-Mail vom 26. Mai 2008 sei der Antragsstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der B*** mit einem Gesamtpreis von netto Euro XXX zu erteilen. Gleichzeitig sei das Ende der Stillhaltefrist mit 9. Juni 2008, 24.00 Uhr, bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin habe ein Angebot zu einem Nettopreis von Euro römisch 30 gelegt. Mit E-Mail vom 26. Mai 2008 sei der Antragsstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der B*** mit einem Gesamtpreis von netto Euro römisch 30 zu erteilen. Gleichzeitig sei das Ende der Stillhaltefrist mit 9. Juni 2008, 24.00 Uhr, bekannt gegeben worden.

Das Interesse am Erhalt des Auftrages habe die Antragstellerin durch Legung eines rechtsverbindlichen Angebotes 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 zu nennen. Darüber hinaus würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Nach Ansicht der Antragstellerin handle es sich gegenständlich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich. Nach Ansicht des Auftraggebers handle es sich aber offenbar um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Aus den Ausschreibungsunterlagen würde sich nicht ergeben, ob es sich gegenständlich um einen Bauauftrag oder um einen Lieferauftrag handle. Da der Auftraggeber in der Ausschreibung angebe, dass das gegenständliche Verfahren im Unterschwellenbereich angesiedelt sei, lasse dies den Schluss zu, dass der Auftraggeber vom Vorliegen eines Bauauftrages ausgehe. Andererseits führe der Auftraggeber aber in der Zuschlagsentscheidung vom 26. Mai 2008 eine 14-tägige Stillhaltefrist an. Dies lasse den Schluss zu, dass der Auftraggeber den gegenständlichen Auftrag doch im Oberschwellenbereich ansiedle. Auch gehe aus der Ausschreibung nicht hervor, um welche Art des Vergabeverfahrens es sich handle.

Die Konsequenz daraus sei, 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 im Sinne des § 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 im Sinne des 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.

Da es sich nach Ansicht der Antragstellerin - wie oben dargestellt - um einen Lieferauftrag handle, entspreche die Zuschlagsentscheidung 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. Die Ausschlussstatbestände des § 272 Z 1 bis 5 BVergG würden nicht greifen. Der Auftraggeber wäre daher jedenfalls verpflichtet gewesen, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragsstellerin sowie insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzustellen. Dies habe der Auftraggeber in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung jedoch verabsäumt. Da es sich nach Ansicht der Antragstellerin - wie oben dargestellt - um einen Lieferauftrag handle, entspreche die Zuschlagsentscheidung 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. Die Ausschlussstatbestände des Paragraph 272, Ziffer eins bis 5 BVergG würden nicht greifen. Der Auftraggeber wäre daher jedenfalls verpflichtet gewesen, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragsstellerin sowie insbesondere die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzustellen. Dies habe der Auftraggeber in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung jedoch verabsäumt.

Sollte es sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handeln - was jedoch ausdrücklich bestritten werde - dann hätte der Auftraggeber die Stillhaltefrist falsch angegeben. Dies würde per se zur Formunrichtigkeit der Zuschlagsentscheidung und in der Folge zu deren Nichtigkeit führen.

Die Zuschlagsentscheidung sei abgesehen davon auch inhaltlich nicht rechters. Es sei nicht nachvollziehbar, wie das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers als Bestangebot hervorgehen könne. Insbesondere im maßgeblichen Kriterium "Qualität der Leistung" habe die Antragstellerin die höchstwertigsten Anlagen und Teile angeboten. Die von der Antragstellerin angebotenen Produkte sowie die Dienstleistung für die Montage stünden auf höchstem Niveau. Daher sei die Punktevergabe bei der technischen Bewertung nicht nachvollziehbar. Auch die Bewertung der Option mit 35 % sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar.

Die Antragstellerin bestreite, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger Produkte besserer Qualität angeboten habe. Es falle jedoch auf, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger im Rahmen der Angebotsprüfung bessere Punktezahlen hinsichtlich der Qualität der Produkte erhalte. Dies sei nicht 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 sei rechtswidrig, da entgegen der Ausschreibung beabsichtigt sei, den Zuschlag nicht entsprechend den Zuschlagskriterien dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Die Zuschlagsentscheidung stehe somit im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG. Sie sei auch für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss, da bei gesetzeskonformer Vorgangsweise eine andere Entscheidung zu treffen gewesen wäre.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf eine ordnungsgemäße Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt. Weiters werde die Antragstellerin auch in ihrem Recht verletzt, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots zu erfahren. In der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung seien auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht bekannt gegeben worden.

Das bisherige Vorbringen werde auch zum Inhalt des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben.

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 Bauvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf Euro XXX ohne USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 180 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel / Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" belaufe sich auf Euro XXX ohne USt. Das Bauvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert sämtlicher Lose belaufe sich auf Euro römisch 30 ohne USt. Es handle sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 180, BVergG. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel / Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" belaufe sich auf Euro römisch 30 ohne USt.

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. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG vergeben werden. Es komme das Bestbieterprinzip zur Anwendung. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG vergeben werden. Es komme das Bestbieterprinzip zur Anwendung.

Die Angebotsöffnung der Erstangebote habe am 26. März 2008 stattgefunden. Es hätten nur zwei Bieter Angebote gelegt. Das Letztangebot der B*** habe sich auf Euro XXX. belaufen. Die Angebotssumme des Letztangebotes der Antragstellerin belaufe sich auf Euro XXX. Die Angebotsöffnung der Erstangebote habe am 26. März 2008 stattgefunden. Es hätten nur zwei Bieter Angebote gelegt. Das Letztangebot der B*** habe sich auf Euro römisch 30 . belaufen. Die Angebotssumme des Letztangebotes der Antragstellerin belaufe sich auf Euro römisch 30 .

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 Interessensabwägung hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber vor, dass erhebliche Interessen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Das gegenständliche Los "Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" sei in das Gesamtvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" eingebettet. 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 XXX kommen. Zur Interessensabwägung hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Auftraggeber vor, dass erhebliche Interessen gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Das gegenständliche Los "Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel" sei in das Gesamtvorhaben "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel" eingebettet. 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 römisch 30 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 Z***, vor, dass mit einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen sei. Davon abgesehen, dass von der Erlassung der einstweiligen Verfügung abzusehen sein werde, weil deren nachteilige Folgen im Hinblick auf bestehende besondere öffentliche Interessen das Interesse der Antragstellerin bei weitem überwiegen würden, sei die beantragte Maßnahme überschießend. Ein Aussetzen des Verfahrens sei 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 würden bis zu 90 Züge mit 4000 Passagieren durch den Eisenbahntunnel fahren. 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 eingeleisig 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 Tunnels 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 derzeit 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 Tunnels 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.

Im Zuge des Provisorialverfahrens wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde in Österreich unter der 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 gegenständliche Beschaffungsvorgang wurde in Österreich unter der 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.

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 nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro XXX ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt XXX ohne USt. Es handelt sich sohin um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (vgl § 180 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 182 leg.cit)."Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel/Tunnelfunkanlage Arlbergtunnel". Dieses Los ist Teil des Gesamtvorhabens "Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlbergtunnel". Der geschätzte Auftragswert aller Lose beläuft sich nach den Angaben des Auftraggebers auf Euro römisch 30 ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses beträgt römisch 30 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 und Montage 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 (vgl Ausschreibungs-LV Pos. 00A1110).Gegenstand der Ausschreibung ist die Lieferung und Montage 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 vergleiche Ausschreibungs-LV Pos. 00A1110).

Es handelt sich laut Angaben des Auftraggebers um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 5 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.Es handelt sich laut Angaben des Auftraggebers um einen Bauauftrag, CPV-Code 32344250. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß Paragraph 192, Absatz 5, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 14.12.2007. Die Angebotsöffnung der Erstantgebote fand am 26.3.2008 statt. Es langten insgesamt zwei Angebote ein. Der Angebotspreis des Letztangebotes der Antragstellerin belief sich auf Euro XXX, jener des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Euro XXX.Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 14.12.2007. Die Angebotsöffnung der Erstantgebote fand am 26.3.2008 statt. Es langten insgesamt zwei Angebote ein. Der Angebotspreis des Letztangebotes der Antragstellerin belief sich auf Euro römisch 30 , jener des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf Euro römisch 30 .

Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern mittels E-Mail am 26.5.2008 bekannt gegeben. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Mit Schriftsatz vom 9.6.2008 brachte die Antragstellerin Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

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

Rechtliche Würdigung:

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006 (BVergG 2006), wurde mit BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.Das Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (BVergG 2006), wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), kundgemacht im Bundesgesetzblatt am 26.11.2007, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 13 Z 1 letzter Satz BVergG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86 /2007 bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die

Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des BGBl I Nr. 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, letzter Satz BVergG in der Fassung der zitierten Novelle, sind jedoch im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitete Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Das Vergabeverfahren war im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, bereits eingeleitet. Daraus folgt, dass der Auftraggeber dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zu Grunde zu legen hat. Ebenso hat das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens die Regelungen des BVergG 2006 in seiner Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen.

Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) durchzuführen (e contrario § 345 Abs. 13 Z 2 2. Satz BVergG, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind). Das Nachprüfungsverfahren ist vom Bundesvergabeamt jedoch nach den Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) durchzuführen (e contrario Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer 2, 2. Satz BVergG, wonach im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen sind).

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§§ 1 und 2 Bundesbahngesetz). Gemäß § 169 Abs 1 BVergG 2006 sind Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahn). Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen (Sektorenauftraggeber iSd § 165 BVergG 2006). Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft sind zu 100% der ÖBB Holding AG vorbehalten. Letztere steht zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraphen eins und 2 Bundesbahngesetz). Gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006 sind Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahn). Die ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft ist als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur ein im Sektorenbereich tätiges Unternehmen (Sektorenauftraggeber iSd Paragraph 165, BVergG 2006).

Der Auftraggeber bezeichnet den verfahrensgegenständlichen Auftrag als Bauauftrag (siehe Bekanntmachung und Stellungnahme vom 11.6.2008, OZ 5). Die Antragstellerin geht in ihrem Schriftsatz vom 9.6.2008 (OZ 1) hingegen vom Vorliegen eines Lieferauftrages aus. Die Klärung dieser Frage bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten. Die Behörde geht - unvorgreiflich eines anderen Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens - im Provisorialverfahren vorläufig davon aus, dass es sich gegenständlich um einen Bauauftrag handelt.

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens ("Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberggtunnel") beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro XXX ohne USt und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, sodass es sich iVm § 182 BVergG 2006 um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens ("Sicherheitstechnische Nachrüstung Arlberggtunnel") beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro römisch 30 ohne USt und liegt somit über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, sodass es sich in Verbindung mit Paragraph 182, BVergG 2006 um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die 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 c B-VG ist sohin gegeben. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die 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 c, B-VG ist sohin gegeben.

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt bei diesem Verfahrenstypus nach § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 u.a. die Zuschlagsentscheidung. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden. Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt bei diesem Verfahrenstypus nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 u.a. die Zuschlagsentscheidung. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 26.5.2008 übermittelt. Die Antragstellerin brachte am 9.6.2008 einen Nachprüfungsantrag ein. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde - vorausgesetzt, dass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt - somit iSd o.e. Bestimmungen rechtzeitig eingebracht. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 26.5.2008 übermittelt. Die Antragstellerin brachte am 9.6.2008 einen Nachprüfungsantrag ein. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde - vorausgesetzt, dass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handelt - somit iSd o.e. Bestimmungen rechtzeitig eingebracht.

Die Pauschalgebühr (Anm: für einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig. Die Pauschalgebühr (Anmerkung, für einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich) wurde entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

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

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 seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag auf das Angebot eines Mitbewerbers der Antragstellerin zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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 seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag auf das Angebot eines Mitbewerbers der Antragstellerin zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, 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.

Der Auftraggeber sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Er brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass eine Verzögerung der Zuschlagserteilung hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Loses eine Verzögerung des gesamten Bauvorhabens nach sich ziehen würde. Im Rahmen des Gesamtvorhabens sei eine Sperre der Schienentrasse durch den Arlberg für den Monat August 2008 geplant. Eine zeitliche Verzögerung der Zuschlagserteilung hätte zur Folge, dass der Einbau nicht in diesem Monat, sondern erst nach einer neuerlichen Bauablaufsplanung nur in Stundensperren im nächsten Jahr möglich wäre. Neben dem Zeitverlust würde es auch zu

einer Verteuerung für die Montagearbeiten im Ausmaß von Euro XXX kommen. Darüber hinaus wäre bei einer Verzögerung das besondere öffentliche Interesse des Schutzes von Leib und Leben - konkret der Sicherheit der Benutzer des Arlbergtunnels - erheblich betroffen. Der Auftraggeber sprach sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Er brachte hiezu im Wesentlichen vor, dass eine Verzögerung der Zuschlagserteilung hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Loses eine Verzögerung des gesamten Bauvorhabens nach sich ziehen würde. Im Rahmen des Gesamtvorhabens sei eine Sperre der Schienentrasse durch den Arlberg für den Monat August 2008 geplant. Eine zeitliche Verzögerung der Zuschlagserteilung hätte zur Folge, dass der Einbau nicht in diesem Monat, sondern erst nach einer neuerlichen Bauablaufsplanung nur in Stundensperren im nächsten Jahr möglich wäre. Neben dem Zeitverlust würde es auch zu einer Verteuerung für die Montagearbeiten im Ausmaß von Euro römisch 30 kommen. Darüber hinaus wäre bei einer Verzögerung das besondere öffentliche Interesse des Schutzes von Leib und Leben - konkret der Sicherheit der Benutzer des Arlbergtunnels - erheblich betroffen.

Mit der bestehenden analogen Zugfunkanlage könne vom Tunnel aus nur mit einer ÖBB-internen Stelle (nächster Bahnhof) kommuniziert werden. Sollte diese nicht erreichbar oder nicht besetzt sein, könnte der Zugführer die Einsatzkräfte nicht erreichen. Das neu zu errichtende digitale System würde es hingegen erlauben, aus dem Tunnel heraus direkt mit den Einsatzkräften zu kommunizieren. Zugleich könne mit dem digitalen System auch innerhalb des Tunnels mit einer großen Anzahl von Personen zeitgleich kommuniziert werden. Dies erhöhe auch die Sicherheit der Einsatzkräfte im Tunnel. Die derzeitige analoge Tunnelfunkanlage sei lediglich für kleinere Baustellen im Tunnel konzipiert. Bei einer großen Anzahl von Einsatzkräften im Tunnel wären deren Kommunikation und damit deren Sicherheit nicht gewährleistet. Dasselbe gelte für Arbeiter auf Baustellen im Tunnel. Zurzeit seien dies ca 20 Personen. Bei einer solchen Anzahl von Personen könne mit dem bestehenden analogen System gerade noch das Auslangen gefunden werden. Der Bauzeitplan des Gesamtvorhabens sehe jedoch ab Ende September 2008 den gleichzeitigen Arbeitseinsatz von zumindest 40 Personen im Tunnel vor. Deren Kommunikation und damit Sicherheit sei mit dem bestehenden System nicht mehr gewährleistet. Daher müsse das digitale System gemäß dem Tunnelsicherheitskonzept vor dem Einsatz dieser Arbeiter in Betrieb genommen werden.

Da die digitale Tunnelfunkanlage aus Sicherheitsgründen heuer ausschließlich während der Tunnelsperre im August installiert werden könne, sei der Bauzeitplan des Gesamtprojektes an der Tunnelsperre im August ausgerichtet.

Schließlich sei ohne digitalen Funk auch die Sicherheit jener Personen, die sich im Ernstfall in die Flucht- und Rettungstunnel flüchten würden, gefährdet. Auch seien die neuen Anlagen durch eine brandhemmende Verkleidung besser brandgeschützt als die bestehende Tunnelfunkanlage.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger sprach sich ebenfalls gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus. Das gegenständliche Vorhaben diene der durchgängigen Versorgung der Fluchtwege im Arlbergtunnel mit Funkversorgung auf Basis des TET-RA-Standards für die Blaulicht- und Rettungsorganisationen. Das Rettungssystem sehe vor, dass sich die Einsatzkräfte den Zugang zum Tunnel über die von einem Unfallereignis nicht betroffene Tunnelröhre und durch die im März 2008 fertig gestellten Flucht- und Rettungswege, dies seien Verbindungsstollen zwischen Arlberg-Straßen und Eisenbahntunnel, verschaffen. Im Falle der Kommunikation der Einsatzkräfte über das digitale Funknetz der Blaulichtorganisationen bestehe im Eisenbahntunnel des Auftraggebers 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 würden bis zu 90 Züge mit 4000 Passagieren durch den Eisenbahntunnel fahren. Die Ausstattung des Arlbergtunnels mit der ausgeschriebenen Tunnelfunkanlage dulde keinen Aufschub. Es gehe um die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer und 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 für die gegenständlichen Leistungen der Tunnel nur eingleisig 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.

Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden glaubhaft dargelegt. Dieser bestehe im Verlust des möglichen Gewinnes, den möglicherweise frustrierten Kosten der Angebotserstellung sowie den Kosten des Nachprüfungsverfahrens einerseits und im Verlust eines wichtigen Referenzprojektes andererseits. Überdies sei eine besondere Dringlichkeit des Vorhabens nicht ersichtlich, da die bestehende Anlage ausreichend sei und deren Austausch derzeit noch aufschiebbar wäre.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 21.2.2007, N/0012-BVA/07/2007-EV13; BVA 17.3.2008, N/0029- BV/09/2008-EV12). Überdies ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung der drohende Schaden nur glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise auch getan.

Zu den Vorbringen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung ausgesprochen haben, ist Folgendes anzumerken:

Zum Vorbringen einer zeitlichen Verzögerung des gesamten Vorhabens ist festzuhalten, dass es im Wesen einer vorübergehenden Unterbrechung des Vergabeverfahrens liegt, dass es im Verfahrensablauf und in der Folge im Rahmen der Auftragsdurchführung zu zeitlichen Verzögerungen kommt (kommen kann). Wollte man dies als Argument für eine Nichterlassung der einstweiligen Verfügung heranziehen, wäre dieses Rechtsinstrument sinnentleert. Weiters ist im Hinblick darauf anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl VfGH 1.8.2002, B 1194/2, BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 uva). Zum Vorbringen einer zeitlichen Verzögerung des gesamten Vorhabens ist festzuhalten, dass es im Wesen einer vorübergehenden Unterbrechung des Vergabeverfahrens liegt, dass es im Verfahrensablauf und in der Folge im Rahmen der Auftragsdurchführung zu zeitlichen Verzögerungen kommt (kommen kann). Wollte man dies als Argument für eine Nichterlassung der einstweiligen Verfügung heranziehen, wäre dieses Rechtsinstrument sinnentleert. Weiters ist im Hinblick darauf anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/2, BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 uva).

Dies dürfte der Auftraggeber bei der gegenständlichen Ausschreibung nicht beachtet haben. Die Ausschreibungsbekanntmachung erfolgte Mitte November 2007. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote war in der Ausschreibung mit 14.12.2007 festgesetzt. Die Öffnung der Erstangebote erfolgte am 26.3.2008. Die Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern am 26.5.2008 bekannt gegeben. Zwar verkennt die Behörde nicht, dass ein (zweistufiges Verhandlungs-)Verfahren eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann, jedoch deutet der oben dargestellte zeitliche Ablauf nicht gerade auf eine besondere Dringlichkeit hin. So sind zwischen der Einleitung des Vergabeverfahrens und der Zuschlagsentscheidung mehr als 5 Monate vergangen. Bei lediglich zwei gelegten Angeboten hätte der Vorgang - die angebliche Dringlichkeit berücksichtigend - wohl rascher bewerkstelligt werden können und auch müssen. Überdies hätte der Auftraggeber - bei der angeblich vorliegenden Dringlichkeit - die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens in Betracht ziehen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen.

Wenn der Auftraggeber vorbringt, dass die gegenständlichen Arbeiten heuer nur im August durchgeführt werden können, da der Eisenbahntunnel in diesem Zeitraum aufgrund anderer durchzuführender Arbeiten im Zusammenhang mit dem Gesamtvorhaben gesperrt ist, und er diese Tatsache als Argument für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung heranzieht, so ist dem entgegen zu halten, dass er - wissend um die Sperre im August 2008 - das Vergabeverfahren hätte zeitgerecht einleiten bzw zügiger durchführen müssen. Dies umso mehr, als ein Auftraggeber mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bzw der Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechnen muss und in seiner Zeitplanung zu berücksichtigen hat (siehe oben). Warum die Arbeiten - wenn diese nicht im August durchgeführt werden könnten - erst nächstes Jahr möglich sein sollten, haben

weder der Auftraggeber noch der präsumtive Zuschlagsempfänger schlüssig dargelegt. Bei einer Zuschlagserteilung im Juli 2008 wäre bei einer entsprechenden Forcierung der Arbeiten das dargelegte "Zeitfenster August 2008" zur Legung des Strahlerkabels uU noch einhaltbar.

Eine frühere, zeitgerechte Einleitung des Vergabeverfahrens wäre dem Auftraggeber jedenfalls zumutbar gewesen, zumal ihm spätestens seit Vorliegen des Tunnelsicherheitskonzeptes, welches aus dem Jahre 2002 stammt, bewusst war bzw. bewusst gewesen sein musste, dass der Arlberg-Eisenbahntunnel mit digitalem Zugfunk auszurüsten sein wird. Auch wenn man als frühest möglichen Zeitpunkt der Einleitung des entsprechenden Beschaffungsvorganges nicht das Jahr 2002 heranziehen wollte, so ist doch evident, dass - wie es auch der präsumtive Zuschlagsempfänger in seiner Stellungnahme selbst dargelegt hat - das digitale Funksystem für Blaulichtorganisationen in Tirol seit dem Jahre 2006 flächendeckend in Betrieb. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte ein umsichtiger Auftraggeber den Beschaffungsvorgang initiieren müssen.

Zum Vorbringen der Kostenerhöhung bei Erlassung der einstweiligen Verfügung:

Hiezu ist einerseits anzumerken, dass es sich beim diesbezüglichen Vorbringen des Auftraggebers lediglich um eine - nicht näher konkretisierte - Behauptung handelt. Der Auftraggeber hat weder dargestellt, woraus sich eine Kostensteigerung bei verzögerter Auftragsdurchführung ergeben soll, noch die Summe von Euro XXX in irgendeiner Weise glaubhaft gemacht. Im Hinblick darauf ist weiters anzumerken, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand für den Auftraggeber verbunden sein wird. Wollte man dieses "Faktum" im Rahmen der Interessenabwägung jedoch als "überwiegend" werten, würde dies im Ergebnis zu einer - nicht gewollten - völligen Ausschaltung des vorläufigen Rechtsschutzes führen (vgl. BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-EV10; BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV12). Hiezu ist einerseits anzumerken, dass es sich beim diesbezüglichen Vorbringen des Auftraggebers lediglich um eine - nicht näher konkretisierte - Behauptung handelt. Der Auftraggeber hat weder dargestellt, woraus sich eine Kostensteigerung bei verzögerter Auftragsdurchführung ergeben soll, noch die Summe von Euro römisch 30 in irgendeiner Weise glaubhaft gemacht. Im Hinblick darauf ist weiters anzumerken, dass die Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Regel mit einem finanziellen Mehraufwand für den Auftraggeber verbunden sein wird. Wollte man dieses "Faktum" im Rahmen der Interessenabwägung jedoch als "überwiegend" werten, würde dies im Ergebnis zu einer - nicht gewollten - völligen Ausschaltung des vorläufigen Rechtsschutzes führen (vergleiche BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-EV10; BVA 17.3.2008, N/0029-BVA/09/2008-EV12).

Im Gegensatz zu der vom Auftraggeber als Beispiel einer Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung herangezogenen Entscheidung des BVA vom 10.11.2005, 17N-110/05-9, liegt gegenständlich kein "unvorhersehbares Ereignis" vor. In dem zit. Verfahren wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung deshalb abgewiesen, da aufgrund eines unvorhersehbaren Ereignisses (Bombenanschlag in London) im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Beschaffung ein extrem erhöhtes Gefährdungspotential geschaffen wurde. Das "normale" Gefährdungsrisiko "mangelnder Tunnelfunk" bzw. EU-Ratspräsidentschaft - also ein Ereignis, dessen Stattfinden bereits seit langem bekannt war - waren nicht die Gründe der Abweisung. Überdies hatte der Auftraggeber in der zit. Entscheidung - anders als der Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren - aufgrund der sich entwickelnden Dringlichkeit ein beschleunigtes Verfahren gewählt.

Weiters ist festzuhalten, dass derzeit ein analoger Tunnelfunk im Einsatz ist, welcher auch noch bis zur Inbetriebnahme des digitalen Tunnelfunks zumindest ein gewisses Maß an Sicherheit für Leib und Leben der Reisenden, der Tunnelarbeiter sowie der Rettungskräfte ermöglicht. Überdies ist nicht davon auszugehen, dass bei der Verwendung des bestehenden Systems sämtliche damit erreichbaren Bahnhöfe bzw. Mitarbeiter oder Tunnelarbeiter - aus welchen Gründen auch immer - nicht erreicht werden könnten. Warum mit dem analogen System ca. 20 Arbeiter im Tunnel erreichbar sein sollten, nicht jedoch auch eine größere Anzahl an Arbeitern, wurde seitens des Auftraggebers nicht nachvollziehbar dargelegt. Dieses Vorbringen kann mangels Nachvollziehbarkeit im Rahmen der Interessensabwägung nicht berücksichtigt werden.

In den Rettungs- und Fluchttunneln zwischen dem Arlberg-Straßentunnel und dem Arlberg-Eisenbahntunnel, welche seit März 2008 fertig gestellt sind, existieren nach Angaben des Auftraggebers funktionsfähige Notrufanlagen. Leib und Leben der allfällig zu rettenden Personen sind somit auch bei verzögertem Einsatz des digitalen Zugfunksystems nicht in einem höheren Ausmaß gefährdet.

Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.). Im Übrigen ist auch auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen vergleiche EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure; BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.). Zudem ist auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Die angeordnete vorläufige Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme.

Das weitere Begehren auf vorübergehende Aussetzung des Vergabeverfahrens war als überschießend abzuweisen. Entgegen der Ansicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers ist eine Aussetzung des Vergabeverfahrens im derzeitigen Stand nicht unmöglich, jedoch würde durch die Aussetzung des Vergabeverfahrens die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers über Gebühr beschränkt und ihm die Möglichkeit genommen werden, allenfalls die Zuschlagsentscheidung zurückzunehmen oder das Verfahren zu widerrufen. Dieses Begehren der Antragstellerin erweist sich als überschießend und nicht notwendig, um das mit der einstweiligen Verfügung angestrebte Ziel - der Sicherung der Interessen der Antragstellerin am möglichen Erhalt des Zuschlages - zu erreichen. Insofern wäre die Aussetzung des Verfahrens nicht die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme (vgl. auch BVA 7.6.2006, N/0041-BVA/07/2006-EV13). Das weitere Begehren auf vorübergehende Aussetzung des Vergabeverfahrens war als überschießend abzuweisen. Entgegen der Ansicht des präsuntiven Zuschlagsempfängers ist eine Aussetzung des Vergabeverfahrens im derzeitigen Stand nicht unmöglich, jedoch würde durch die Aussetzung des Vergabeverfahrens die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers über Gebühr beschränkt und ihm die Möglichkeit genommen werden, allenfalls die Zuschlagsentscheidung zurückzunehmen oder das Verfahren zu widerrufen. Dieses Begehren der Antragstellerin erweist sich als überschießend und nicht notwendig, um das mit der einstweiligen Verfügung angestrebte Ziel - der Sicherung der Interessen der Antragstellerin am möglichen Erhalt des Zuschlages - zu erreichen. Insofern wäre die Aussetzung des Verfahrens nicht die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme vergleiche auch BVA 7.6.2006, N/0041-BVA/07/2006-EV13).

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG erfolgt im Endbescheid. Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Endbescheid.

Zuletzt aktualisiert am

20.08.2008

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