

TE Verg Bescheid 2007/12/17 N/0121-BVA/07/2007-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.12.2007

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y***, vom 10. Dezember 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG, betreffend das Vergabeverfahren "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" des Auftraggebers Brenner Eisenbahn GmbH, Karl-Kapferer-Straße 5, 6020 Innsbruck, vertreten durch X***, über den Antrag der Bietergemeinschaft, bestehend aus 1. A***, 2. B***, 3. C***, vertreten durch Y***, vom 10. Dezember 2007, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher für das Vergabeverfahren 'AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2', ABl vom 2.6.2007, 2007/S 104-128581, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher für das Vergabeverfahren 'AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2', Amtsblatt vom 2.6.2007, 2007/S 104-128581, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

1. a.Litera a
bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution,
2. b.Litera b
der Auftraggeberin untersagt wird, der D*** in diesem Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen,
3. c.Litera c
die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der D*** vom 26.11.2007 verfügt wird",

wird insoweit stattgegeben, als es dem Auftraggeber bei sonstiger Nichtigkeit und Exekution untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 21. Jänner 2008, der D*** den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die gegenständliche Leistung "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 2.6.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 104-128581 bekannt gemacht. Gemäß Pkt II.1.5 der europaweiten Bekanntmachung sind Ausschreibungsgegenstand die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen. Die Bauleistungen beinhalten die Herstellung der 790 m langen Grundwasserwanne Radfeld, die Herstellung des 1600 m langen Tunnelbauwerks in offener Bauweise und die Herstellung einer 130 m langen Zufahrtsrampe inkl. Auffangbecken u. Pumpstation. Zudem sind 3 Stk. Rettungsschächte inkl. Schachtkopfgebäude, eine temporäre Verlegung der B171 und eine Baubehelfsbrücke für den Baustellenverkehr über die B171 herzustellen. Die gegenständliche Leistung "AS178 - Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte Baulos H2-2" wurde als Bauauftrag in einem offenen Verfahren am 2.6.2007 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2007/S 104-128581 bekannt gemacht. Gemäß Pkt römisch zwei.1.5 der europaweiten Bekanntmachung sind Ausschreibungsgegenstand die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen. Die Bauleistungen beinhalten die Herstellung der 790 m langen Grundwasserwanne Radfeld, die Herstellung des 1600 m langen Tunnelbauwerks in offener Bauweise und die Herstellung einer 130 m langen Zufahrtsrampe inkl. Auffangbecken u. Pumpstation. Zudem sind 3 Stk. Rettungsschächte inkl. Schachtkopfgebäude, eine temporäre Verlegung der B171 und eine Baubehelfsbrücke für den Baustellenverkehr über die B171 herzustellen.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 7.8.2007, 12.00 Uhr, festgelegt. Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Die Öffnung der Angebote erfolgte am 7.8.2007, 13.00 Uhr.

Mit Schreiben vom 26.11.2007 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag dem Angebot der D***, mit einer Auftragssumme von netto Euro 52.603.501,62 zu erteilen.

Die Antragstellerin stellte mit Antrag vom 10.12.2007 das im Spruch wiedergegebene Begehren. Diese Anträge waren mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht verbunden.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

An der Angebotsöffnung habe ein Vertreter der Antragstellerin teilgenommen, dadurch habe sie Kenntnis der angebotenen Nettoangebotspreise. Daraus ergebe sich, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um 23,09% preislich günstiger sei als jenes der Antragstellerin, welches preislich an zweiter Stelle liege. Mit Fax vom 14.8.2007 habe der Auftraggeber ein Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin übermittelt. Darin habe er sehr konkret und abschließend spezifiziert, welche Unterlagen nachzureichen seien. Darüber hinaus habe der Auftraggeber durch folgende Festlegung klargestellt, dass die geforderten Unterlagen jedenfalls innerhalb der festgelegten Frist vorgelegt werden müssten:

"Sie werden einmalig gem § 231 Abs 3 BVergG bzw gemäß Pkt 11.2.4 'Aufklärungen' gem Teil A 'Ausschreibungsunterlagen' höflich aufgefordert, die oben angeführten erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern. Ihre Nachreichungen bzw Erläuterungen müssen bis einschließlich Montag, den 27.8.2007 [...] bei der BEG eingehen, widrigenfalls die Prüfung der Eignung auf Basis der bereits vorliegenden Unterlagen ihres Angebots erfolgt." "Sie werden einmalig gem Paragraph 231, Absatz 3, BVergG

bzw gemäß Pkt 11.2.4 'Aufklärungen' gem Teil A 'Ausschreibungsunterlagen' höflich aufgefordert, die oben angeführten erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw vorgelegte Bescheinigungen zu vervollständigen oder zu erläutern. Ihre Nachreichungen bzw Erläuterungen müssen bis einschließlich Montag, den 27.8.2007 [...] bei der BEG eingehen, widrigenfalls die Prüfung der Eignung auf Basis der bereits vorliegenden Unterlagen ihres Angebots erfolgt."

Weiters werde in Punkt A.11.2.3 lit e Teil A der Ausschreibungsunterlagen folgender Ausscheidensgrund verbindlich festgelegt: Weiters werde in Punkt A.11.2.3 Litera e, Teil A der Ausschreibungsunterlagen folgender Ausscheidensgrund verbindlich festgelegt:

"Angebote werden ausgeschieden, wenn Bieter es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren."

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Aufklärungsersuchen vom Auftraggeber erhalten habe. Sie gehe weiters davon aus, dass dieses in formalrechtlicher Hinsicht dieselben Festlegungen enthalten habe. Dies gelte insbesondere für die Festlegung, nach der nur einmalig zur Nachreichung bzw. Aufklärung aufgefordert werde. Der im Angebot der Antragstellerin benannte Bauleiter habe nämlich nach dem 27.8.2007 den Anruf eines Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten, worin sich dieser erkundigt habe, ob etwa gerade das Baulos LT 22, welches von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und einem Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft gemeinsam erbracht worden sei, die Anforderung an die Referenzprojekte der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen erfülle. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit erst nach Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist für die Nachreichung bzw. Aufklärung versucht habe, Informationen über die von ihr bereits im Angebot nachzuweisenden Referenzprojekte zu beschaffen. Obwohl demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frist gemäß dem Aufklärungsersuchen bis 27.8.2007 nicht eingehalten habe, habe ihr der Auftraggeber entgegen § 269 Abs 3 BVergG und den Festlegungen in Punkt A.11.2.3 lit e Teil A ganz offensichtlich eine zweite Möglichkeit zur Nachreichung bzw. Aufklärung eingeräumt. Der Auftraggeber verletze damit § 269 Abs 3 BVergG und darüber hinaus seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Aufklärungsersuchen vom Auftraggeber erhalten habe. Sie gehe weiters davon aus, dass dieses in formalrechtlicher Hinsicht dieselben Festlegungen enthalten habe. Dies gelte insbesondere für die Festlegung, nach der nur einmalig zur Nachreichung bzw. Aufklärung aufgefordert werde. Der im Angebot der Antragstellerin benannte Bauleiter habe nämlich nach dem 27.8.2007 den Anruf eines Mitarbeiters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erhalten, worin sich dieser erkundigt habe, ob etwa gerade das Baulos LT 22, welches von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und einem Mitglied der antragstellenden Bietergemeinschaft gemeinsam erbracht worden sei, die Anforderung an die Referenzprojekte der verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen erfülle. Die Antragstellerin gehe daher davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit erst nach Ablauf der vom Auftraggeber gesetzten Frist für die Nachreichung bzw. Aufklärung versucht habe, Informationen über die von ihr bereits im Angebot nachzuweisenden Referenzprojekte zu beschaffen. Obwohl demnach die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Frist gemäß dem Aufklärungsersuchen bis 27.8.2007 nicht eingehalten habe, habe ihr der Auftraggeber entgegen Paragraph 269, Absatz 3, BVergG und den Festlegungen in Punkt A.11.2.3 Litera e, Teil A ganz offensichtlich eine zweite Möglichkeit zur Nachreichung bzw. Aufklärung eingeräumt. Der Auftraggeber verletze damit Paragraph 269, Absatz 3, BVergG und darüber hinaus seine eigenen Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage.

Die Zuschlagsentscheidung sei daher jedenfalls rechtswidrig, weil der Auftraggeber dieses zweite Aufklärungsersuchen unterlassen und die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausscheiden hätte müssen. Darüber hinaus habe auch das Bundesvergabeamt bereits zu einem vergleichbaren Sachverhalt festgestellt, dass die nochmalige Aufforderung eines Bieters zur Verbesserung unzulässig und ein solches Angebot ohne weiteren Verbesserungsauftrag auszuschneiden sei.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Vergleich zum Nettoangebotspreis der Antragstellerin einen um 23,09% niedrigeren Nettoangebotspreis angeboten. Diese außergewöhnliche Preisdifferenz könne sich im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit dem "Baugrubenverbau" ergeben. In Summe habe sie für den Baugrubenverbau rund Euro XXX Mio. angeboten. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Baugrubenverbau deutlich niedrigere Preise angeboten haben, wäre erwiesen, dass die dabei angebotenen Preise im Bezug auf die zu erbringenden Leistungen gemäß § 268 BVergG nicht plausibel zusammen gesetzt seien und damit eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Gegebenenfalls wäre das Angebot auch gemäß § 269 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Vergleich zum Nettoangebotspreis der

Antragstellerin einen um 23,09% niedrigeren Nettoangebotspreis angeboten. Diese außergewöhnliche Preisdifferenz könne sich im Wesentlichen nur im Zusammenhang mit dem "Baugrubenverbau" ergeben. In Summe habe sie für den Baugrubenverbau rund Euro römisch 30 Mio. angeboten. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin für den Baugrubenverbau deutlich niedrigere Preise angeboten haben, wäre erwiesen, dass die dabei angebotenen Preise im Bezug auf die zu erbringenden Leistungen gemäß Paragraph 268, BVergG nicht plausibel zusammen gesetzt seien und damit eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Gegebenenfalls wäre das Angebot auch gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen.

Entgegen § 272 Satz 4 BVergG enthalte die Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 keine Angaben über die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, darüber hinaus fehle jeder Hinweis auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Die Zuschlagsentscheidung erfülle damit nicht die zwingenden gesetzlichen Anforderungen gemäß § 272 BVergG und sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären. Entgegen Paragraph 272, Satz 4 BVergG enthalte die Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 keine Angaben über die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin, darüber hinaus fehle jeder Hinweis auf die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Die Zuschlagsentscheidung erfülle damit nicht die zwingenden gesetzlichen Anforderungen gemäß Paragraph 272, BVergG und sei daher auch aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, und zwar insbesondere in ihrem Recht auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung, die den inhaltlichen Anforderungen des § 272 BVergG entspricht, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur an die Antragstellerin in Betracht kommt, auf Ausschluss der D*** insbesondere wegen nicht fristgemäßer Nachreichung von Unterlagen und wegen Vorliegens einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (spekulative Preisgestaltung), auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht. Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, und zwar insbesondere in ihrem Recht auf Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung, die den inhaltlichen Anforderungen des Paragraph 272, BVergG entspricht, darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur an die Antragstellerin in Betracht kommt, auf Ausschluss der D*** insbesondere wegen nicht fristgemäßer Nachreichung von Unterlagen und wegen Vorliegens einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises (spekulative Preisgestaltung), auf Gleichbehandlung insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs entspricht.

Durch die Abgabe eines ausführlichen Angebotes und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss nachgewiesen. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang von rund Euro XXX,-. Ferner würden ihr durch die rechtswidrige Beauftragung Geschäftsgemeinkosten von rund Euro XXX,- entgehen. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebotes sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca. Euro XXX,- (exkl. MWSt) frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits rund Euro XXX,- (exkl. MWSt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber ohne einstweilige Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Auch stünden einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers entgegen. Ebenso seien keine besonderen öffentlichen Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, ersichtlich. Durch die Abgabe eines ausführlichen Angebotes und durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin ihr Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss nachgewiesen. Sollte sie den gegenständlichen Auftrag durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung nicht erhalten, drohe ein Gewinnentgang von rund Euro römisch 30,-. Ferner würden ihr durch die rechtswidrige Beauftragung Geschäftsgemeinkosten von rund Euro römisch 30,- entgehen. Des Weiteren wären die für die Erstellung des Angebotes sowie die damit verbundenen bislang entstandenen Kosten in Höhe von ca. Euro römisch 30,- (exkl. MWSt) frustriert. Weiters seien für die Rechtsvertretung bisher bereits rund Euro römisch 30,- (exkl. MWSt) erwachsen. Die Beauftragung mit der Durchführung des Auftrages bedeute darüber hinaus auch eine wichtige Referenz. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei zwingend erforderlich, weil der Auftraggeber ohne einstweilige

Verfügung durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Auch stünden einer einstweiligen Aussetzung der Zuschlagsentscheidung sowie einer Untersagung der Zuschlagserteilung keine vergleichbaren Interessen des Auftraggebers entgegen. Ebenso seien keine besonderen öffentlichen Interessen, die einer einstweiligen Verfügung entgegenstünden, ersichtlich.

Der Auftraggeber legte fristgerecht die Vergabeakten vor und brachte in seinem Schriftsatz vom 13.12.2007 Einwendungen gegen die beantragte einstweilige Verfügung vor:

Gegenstand der Ausschreibung seien die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; diese Bauleistungen stellten einen Teil des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona dar. Aufgrund des nahen Baubeginns müssten ab sofort die entsprechenden Pläne und Unterlagen erstellt bzw. die entsprechenden Bauvorbereitungen durchgeführt werden, um einen reibungslosen Ablauf bei Baubeginn zu gewährleisten. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einer dadurch bedingten Verzögerung von sechs Wochen sei die ordnungsgemäße Bauvorbereitung nicht gewährleistet, weshalb der Baubeginn entsprechend verschoben werden müsste. Der verzögerte Baubeginn würde zu wesentlichen Mehrkosten bzw. Schäden auf Seiten des Auftraggebers führen. Konkret könnten die für den Bau unbedingt erforderlichen Spundbohlen nicht rechtzeitig bestellt werden. Der Wert der Spundbohlen liege in mehrfacher Millionenhöhe; durch die Nichtbenützung der umsonst bestellten Spundbohlen würde ein erheblicher Schaden entstehen. Spundbohlen müssten ca. drei Monate vor Rammbeginn bestellt werden. Da diese ab Mitte März benötigt würden, müssten sie daher von dem jetzt zu beauftragenden Auftragnehmer sofort (d.h. unverzüglich nach geplanter Zuschlagserteilung) bestellt werden. Die Notwendigkeit der rechtzeitigen Bestellung bzw. die konkreten und nachweisbaren, erheblichen Kosten der Spundbohlen seien branchenweit bekannt. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden die Spundbohlen nicht rechtzeitig geliefert werden und es würde sich der gesamte Bauablauf verzögern, was voraussichtlich ein erhebliches Mehrkostenpotenzial darstelle. Bei einer Verzögerung mit dem Baubeginn könnten auch weitere, mit den Bauarbeiten zusammenhängende Dienstleistungen nicht in Angriff genommen werden, die Vorhaltung von unternehmerischen Ressourcen müsste aber seitens des Auftraggebers abgegolten werden. So sei der die Ausschreibung und das Vergabeverfahren begleitende Auftragnehmer für die ÖBA im Zusammenhang mit Vorbereitungsarbeiten ab Jänner 2008 mit verstärkter Mannschaft im Einsatz. Eine kurzfristige Personaldisposition sei im Hinblick auf die Ungewissheit der Verfahrensdauer und der Verfahrensentscheidung nicht oder nur eingeschränkt möglich. Somit sei der Aufwand für die Mannschaft der zuständigen ÖBA vorläufig frustriert. An frustrierten Kosten fielen im Jänner 2008 rund Euro XXX,- im Februar 2008 rund Euro XXX,- und ab März 2008 rund Euro XXX,- je Monat an. Ausgehend von einer sechswöchigen Verzögerung der Inangriffnahme der Leistungen der ÖBA durch ein Nachprüfungsverfahren entstände daher schon im Hinblick auf die Kosten der ÖBA ein frustrierter Aufwand von rund Euro XXX,- (netto).

Gegenstand der Ausschreibung seien die Bauleistungen für die Hauptbaumaßnahmen Radfeld Mitte der Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen; diese Bauleistungen stellten einen Teil des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona dar. Aufgrund des nahen Baubeginns müssten ab sofort die entsprechenden Pläne und Unterlagen erstellt bzw. die entsprechenden Bauvorbereitungen durchgeführt werden, um einen reibungslosen Ablauf bei Baubeginn zu gewährleisten. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einer dadurch bedingten Verzögerung von sechs Wochen sei die ordnungsgemäße Bauvorbereitung nicht gewährleistet, weshalb der Baubeginn entsprechend verschoben werden müsste. Der verzögerte Baubeginn würde zu wesentlichen Mehrkosten bzw. Schäden auf Seiten des Auftraggebers führen. Konkret könnten die für den Bau unbedingt erforderlichen Spundbohlen nicht rechtzeitig bestellt werden. Der Wert der Spundbohlen liege in mehrfacher Millionenhöhe; durch die Nichtbenützung der umsonst bestellten Spundbohlen würde ein erheblicher Schaden entstehen. Spundbohlen müssten ca. drei Monate vor Rammbeginn bestellt werden. Da diese ab Mitte März benötigt würden, müssten sie daher von dem jetzt zu beauftragenden Auftragnehmer sofort (d.h. unverzüglich nach geplanter Zuschlagserteilung) bestellt werden. Die Notwendigkeit der rechtzeitigen Bestellung bzw. die konkreten und nachweisbaren, erheblichen Kosten der Spundbohlen seien branchenweit bekannt. Bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden die Spundbohlen nicht rechtzeitig geliefert werden und es würde sich der gesamte Bauablauf verzögern, was voraussichtlich ein erhebliches Mehrkostenpotenzial darstelle. Bei einer Verzögerung mit dem Baubeginn könnten auch weitere, mit den Bauarbeiten zusammenhängende Dienstleistungen nicht in Angriff genommen werden, die Vorhaltung von unternehmerischen Ressourcen müsste aber seitens des Auftraggebers abgegolten werden. So sei der die Ausschreibung und das Vergabeverfahren begleitende Auftragnehmer für die ÖBA im Zusammenhang mit Vorbereitungsarbeiten ab Jänner 2008 mit verstärkter Mannschaft im Einsatz. Eine kurzfristige

Personaldisposition sei im Hinblick auf die Ungewissheit der Verfahrensdauer und der Verfahrensentscheidung nicht oder nur eingeschränkt möglich. Somit sei der Aufwand für die Mannschaft der zuständigen ÖBA vorläufig frustriert. An frustrierten Kosten fielen im Jänner 2008 rund Euro römisch 30,- im Februar 2008 rund Euro römisch 30,- und ab März 2008 rund Euro römisch 30,- je Monat an. Ausgehend von einer sechswöchigen Verzögerung der Inangriffnahme der Leistungen der ÖBA durch ein Nachprüfungsverfahren entstünde daher schon im Hinblick auf die Kosten der ÖBA ein frustrierter Aufwand von rund Euro römisch 30,- (netto).

Da die gegenständliche Ausschreibung AS178 einen Teil des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona betreffe, würde eine Verzögerung der Baumaßnahmen des Bauloses H2-2 außerdem nicht nur für dieses Los, sondern auch für Nachfolgelose erhebliche (bauwirtschaftliche) Schäden und Mehrkosten bzw. beträchtliche Nachtragskosten hervorrufen und den gesamten Bau der Unterinntaltrasse verzögern: Der Gesamtfertigstellungstermin der Unterinntalbahn Ende 2012 wäre u. a. aufgrund von verspäteten Übergabemöglichkeiten des Baulosbereiches H2-2 an die Auftragnehmer des Nachbarbauloses H1 (Durchführbarkeit bestimmter Baumaßnahmen nur in den Wintermonaten bzw. nur in den Sommermonaten) und des Gesamtbauloses an die Auftragnehmer der Ausrüstungslose A (fehlende Zufahrtsmöglichkeit) verzögert; zu beachten sei außerdem die Unzulässigkeit von Straßenoberbauarbeiten auf der Tiroler Landesstraße B 171 in den Monaten November bis März. Damit würde im Baulos H1 sowie in den Ausrüstungslosen A mehrere pönalisierte Termine nicht mehr einzuhalten sein und ein beträchtlicher Mehraufwand bei der Umplanung entstehen. Eine Zeitverzögerung von einem Jahr sei somit höchstwahrscheinlich. Zudem wäre in einem Ausrüstungslos eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen notwendig, welche jedoch nicht mehr möglich sei, da sich dieses bereits im Stadium der Angebotprüfung befinde.

Dazu kämen nicht näher bezifferbare volkswirtschaftliche Schäden bzw. öffentliche Interessen wie insbesondere die verspätete Fertigstellung der Unterinntalstrecke, die verspätete Inbetriebnahme der internationalen Transitstrecke und die erneute terminliche Koordination damit verbundener Vergabeverfahren. An der Fertigstellung dieses international geförderten Projekts bestehe nicht nur nationales, sondern europaweites, internationales Interesse. Doch einen gestörten Bauablauf könnten politische, internationale Vorgaben und internationale Verträge nicht eingehalten werden. Das internationale Interesse an der Bereinigung der Transitproblematik im Unterinntal wäre somit erheblich beeinträchtigt. Weiters wären verbindlich festgelegte Termine mit der ÖBB für Gleiseingriffe und Rahmenverträge nicht haltbar und müssten neu abgestimmt werden. Auch würden doch eine Verzögerung die Ressourcen für den öffentlichen Nah- und Fernverkehr der ÖBB nicht genutzt werden können; Einnahmen von einem ganzen Jahr gingen verloren.

Aus diesen angeführten Gründen ergebe sich ein deutliches Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, weshalb der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen sei. Sollte das Bundesvergabeamt jedoch dem Antrag stattgeben, so stelle die Untersagung der Zuschlagserteilung die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar.

Der geschätzte Auftragswert des gesamten Projektes "Zulaufstrecke Nord, Abschnitt Kundl/Radfeld - Baumkirchen" des Ausbaus der Eisenbahnachse Brenner München - Verona wurde vom Auftraggeber mit rund Euro 2 Milliarden (netto), jener des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 mit rund Euro 79.850.000,- (ohne USt) beziffert. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder der Zuschlag erteilt noch eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen worden.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antragsrömisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrags

Der Auftraggeber, die Brenner Eisenbahn GmbH, steht mittelbar zu 100% im Bundeseigentum. Da darüber hinaus laut Überschrift der europaweiten Bekanntmachung "Bekanntmachung - Sektoren" sowie Teil A, Punkt A.3 der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen ("Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren gemäß § 192 Abs 2 BVergG durchgeführt.") der Auftraggeber selbst davon ausgeht, dass die gegenständliche Auftragsvergabe einer Sektorentätigkeit des Auftraggebers dient, ist im Provisorialverfahren von der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabeamtes auszugehen. Der Auftraggeber, die Brenner Eisenbahn GmbH, steht mittelbar zu 100% im Bundeseigentum. Da darüber hinaus laut Überschrift der europaweiten Bekanntmachung "Bekanntmachung - Sektoren" sowie Teil A, Punkt A.3 der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen ("Das Vergabeverfahren wird als

offenes Verfahren gemäß Paragraph 192, Absatz 2, BVergG durchgeführt.") der Auftraggeber selbst davon ausgeht, dass die gegenständliche Auftragsvergabe einer Sektorentätigkeit des Auftraggebers dient, ist im Provisorialverfahren von der Vergabekontrollkompetenz des Bundesvergabesamtes auszugehen.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß § 4 iVm § 174 BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers rund Euro 79.850.000,--, sodass es sich gemäß § 180 Abs 1 Z 2 BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gemäß Paragraph 4, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG einzustufen. Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren durchgeführt. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Bauloses H2-2 der Ausschreibung AS178 beträgt entsprechend den Angaben des Auftraggebers rund Euro 79.850.000,--, sodass es sich gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.12.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch ist eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, leg.cit. vorgesehenen Frist beim Bundesvergabeamt eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin bekämpft als gesondert anfechtbare Entscheidung die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG. Laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 13.12.2007 wurde weder der Zuschlag erteilt noch ist eine Widerrufsentscheidung ergangen noch der Widerruf des Vergabeverfahrens ausgesprochen.

Dem Vorbringen des Auftraggebers, der Antrag sei zurückzuweisen, weil die Antragstellerin bloß verschiedene Schadensbeträge behauptet, jedoch keinerlei Bescheinigungsmittel angeboten habe, ist entgegenzuhalten, dass die Antragstellerin den durch die Erstellung des Antrags bereits eingetretenen Schaden sowie den im entgangenen Gewinn zu erblickenden Schaden ziffernmäßig dargestellt hat. Die Antragstellerin bezifferte ihre bisherigen Kosten für die Angebotserstellung mit ca. Euro XXX,- (exkl. MWSt), jene für die bisherige Rechtsvertretung mit rund Euro XXX,- (exkl. MWSt). Weiters drohe ein Gewinnentgang von rund Euro XXX,-- sowie ein Entgang an Geschäftsgemeinkosten von rund Euro XXX,-- . Unter Berücksichtigung des vom Auftraggeber angegebenen Auftragswertes erscheinen diese Beträge durchaus plausibel und nachvollziehbar (vgl. VwGH vom 23.5.2007, 2007/04/0010). Zudem hat die Antragstellerin die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Unter Bezug auf die ständige Spruchpraxis des Bundesvergabesamtes (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03- 11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6 uvm) kann auch in dem drohenden Verlust eines bedeutungsvollen Referenzprojekts für zukünftige Bewerbungen ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin erblickt werden. Dem Vorbringen des Auftraggebers, der Antrag sei zurückzuweisen, weil die Antragstellerin bloß verschiedene Schadensbeträge behauptet, jedoch keinerlei Bescheinigungsmittel angeboten habe, ist entgegenzuhalten, dass die Antragstellerin den durch die Erstellung des Antrags bereits eingetretenen Schaden sowie den im entgangenen Gewinn zu erblickenden Schaden ziffernmäßig dargestellt hat. Die Antragstellerin bezifferte ihre bisherigen Kosten für die Angebotserstellung mit ca. Euro römisch 30 ,- (exkl. MWSt), jene für die bisherige Rechtsvertretung mit rund Euro römisch 30 ,- (exkl. MWSt). Weiters drohe ein Gewinnentgang von rund Euro römisch 30 ,-- sowie ein Entgang an Geschäftsgemeinkosten von rund Euro römisch 30 ,-- . Unter Berücksichtigung des vom Auftraggeber angegebenen Auftragswertes erscheinen diese Beträge durchaus plausibel und nachvollziehbar vergleiche VwGH vom 23.5.2007, 2007/04/0010). Zudem hat die Antragstellerin die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Unter Bezug auf die ständige Spruchpraxis des Bundesvergabesamtes (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03- 11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6 uvm) kann auch in dem drohenden Verlust eines bedeutungsvollen Referenzprojekts für zukünftige Bewerbungen ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin erblickt werden.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. 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 § 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 § 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 § 329 Abs. 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 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 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 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin hat die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 26.11.2007 behauptet. Die Frage, ob die behauptete Rechtswidrigkeit vorliegt, ist insofern entscheidungserheblich, als ein Antrag auf einstweilige Verfügung unzulässig ist, wenn die angefochtene Entscheidung offenkundig nicht rechtswidrig sein kann. Dies ist bei der gegenständlich als rechtswidrig angefochtenen Entscheidung nicht der Fall. Die Behauptung erscheint im Hinblick auf die Ausführungen der Antragstellerin zumindest nicht denkunmöglich.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der D*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige 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 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers beabsichtigt ist, den Zuschlag der D*** zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und dass sie für den Zuschlag in Betracht käme, wodurch der Antragstellerin auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten ein Schaden droht. Dieser Schaden kann aber nur durch vorläufige 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 auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist. Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6). Im Rahmen der auf der Aktenlage im Provisorialverfahren basierenden Interessenabwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin neben dem entgangenen Gewinn auf die frustrierten Angebotslegungskosten verweist. Am Vorliegen dieser besteht dem Grunde nach kein Zweifel. Überdies hat sie die Bedeutung des Auftrags als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6).

Demgegenüber führt der Auftraggeber - in durchaus plausibler Weise - im Falle einer Verschiebung des Baubeginns drohende Mehrkosten bzw. Schäden des Auftraggebers ins Treffen.

Diesen Einwendungen ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, dies liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15). Im Übrigen ist im Rahmen der Interessenabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG u.a.; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb. auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen. Diesen Einwendungen ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, dies liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 11.10.2004, 07N-95/04-10; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15). Im Übrigen ist im Rahmen der Interessenabwägung auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des provisorischen - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH vom 28. Oktober 1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG u.a.; EuGH vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz ein öffentliches Interesse liegt (VfGH vom 25. Oktober 2002, B1369/01; siehe insb. auch BVA vom 25. Jänner 2002, N-128/01-45), Bedacht zu nehmen.

Weiters ist auf die ständige Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hinzuweisen, wonach ein Auftraggeber bei

seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche zeitliche Verzögerungen Bedacht zu nehmen hat (BVA 28.12.2006, N/0105-BVA/07/2006-EV11 uvm).

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber ab Öffnung der Angebote am 7.8.2007 rund 3 1/2 Monate bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 26.11.2007 verstreichen ließ. Darüber hinaus sieht das Bundesvergabegesetz die Möglichkeit vor, die Angebotsfrist im offenen Verfahren zu verkürzen. Der Auftraggeber hat sich jedoch - obwohl ihm die zeitliche Problematik bewusst war bzw. bewusst sein musste - nicht einmal der vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeit zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens bedient. Die zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens ist sohin der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen und kann nicht der Antragstellerin zum Nachteil gereichen. Wenn der Auftraggeber nun u.a. ausführt, die Notwendigkeit der rechtzeitigen Bestellung (ca. drei Monate vor Rammbeginn) der Spundbohlen sei branchenweit bekannt, ist es für das Bundesvergabeamt nicht nachvollziehbar, wenn nunmehr erst jetzt von einem großen Zeitdruck und besonderer Dringlichkeit der Arbeiten gesprochen wird, die keinen Aufschub dulden sollten.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen. Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend anzusehen.

Zur Dauer der begehrten Maßnahme ist anzumerken, dass diese mit der voraussichtlichen Dauer des Nachprüfungsverfahrens unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstdauer mit 21. Jänner 2008 zu befristen war.

Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gerichteten Mehrbegehrens wird auf § 329 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist. Hinsichtlich der Abweisung des auf Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gerichteten Mehrbegehrens wird auf Paragraph 329, Absatz 2, letzter Satz BVergG 2006 verwiesen, wonach bei der einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen ist.

Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es war anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin ist abzuweisen (vgl. BVA 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102- BVA/04/2006-EV8; BVA 18.12.2006, N/0103-BVA/05/2006). Durch die angeordnete vorläufige Maßnahme wird die Handlungsfähigkeit des Auftraggebers nur im unbedingt notwendigen Ausmaß beschränkt. Es war anstelle der beantragten Aussetzung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung die bloße Untersagung der Erteilung des Zuschlages als gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin ist abzuweisen vergleiche BVA 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 14.12.2006, N/0102- BVA/04/2006-EV8; BVA 18.12.2006, N/0103-BVA/05/2006).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Dokumentnummer

VERGT_20071217_N_0121_BVA_07_2007_EV12_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>