

TE Verg Bescheid 2005/3/4 16N-9/05-8

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.03.2005

Norm

BVergG 2002 §7 Abs1

BVergG 2002 §120 Abs2

BVergG 2002 §166 Abs1

BVergG 2002 §166 Abs2

BVergG 2002 §171

BMG §2

BundesbahnG §2

BundesbahnG §29

BundesbahnG §30

BundesbahnG §31

BundesbahnG §32

BundesbahnG §35 Abs1

BundesbahnG §41

HochleistungsstreckenG §7 Abs1

HochleistungsstreckenG §14 Abs1

1. BMG § 2 heute
2. BMG § 2 gültig ab 01.04.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2025
3. BMG § 2 gültig von 29.01.2020 bis 31.03.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2020
4. BMG § 2 gültig von 21.02.1986 bis 28.01.2020

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 4. März 2005 durch den Vorsitzenden des Senats 16, Dr. Christian Fink, wie folgt entschieden:

Spruch

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "Koralmbahn Graz - Klagenfurt/Deutschlandsberg - St. Andrä, Weiterführende Erkundung Koralmbahn, Erkundungstunnel Leibenfeld, Baulos 1257" der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) bzw. deren Rechtsnachfolgerin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, jeweils Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, wird dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "die angefochtene Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung des BVA über eine allfällige Nichtigerklärung

dieser Entscheidung, längstens jedoch bis zwei Monate nach Erlassung der einstweiligen Verfügung vorübergehend ausgesetzt und die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", gemäß § 171 Abs 1, 2, 3, 4 und 5 BVergG teilweise stattgegeben. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "Koralmbahn Graz - Klagenfurt/Deutschlandsberg - St. Andrä, Weiterführende Erkundung Koralmbahn, Erkundungstunnel Leibenfeld, Baulos 1257" der Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-Aktiengesellschaft (HL-AG) bzw. deren Rechtsnachfolgerin ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft, jeweils Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch X***, wird dem Antrag der A***, vertreten durch Y***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der "die angefochtene Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung des BVA über eine allfällige Nichtigerklärung dieser Entscheidung, längstens jedoch bis zwei Monate nach Erlassung der einstweiligen Verfügung vorübergehend ausgesetzt und die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", gemäß Paragraph 171, Absatz eins, 2, 3, 4 und 5 BVergG teilweise stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG vom 11. Februar 2005, lautend auf die B***, im Vergabeverfahren "Koralmbahn Graz - Klagenfurt/Deutschlandsberg - St. Andrä, Weiterführende Erkundung Koralmbahn, Erkundungstunnel Leibenfeld, Baulos 1257" wird bei sonstiger Exekution für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 25. März 2005, ausgesetzt.

Begründung

Mit Schreiben vom 24. Februar 2005, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 25. Februar 2005, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Entscheidung, ihr Angebot vom Vergabeverfahren auszuschneiden, und der Zuschlagsentscheidung sowie den Auftraggeber zur Zahlung der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 10.000,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Vertreters der Antragstellerin zu verpflichten. Zugleich beantragte sie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung ausgesetzt bzw. die Zuschlagserteilung untersagt wird. Soweit die Antragstellerin im Folgenden den Begriff "Auftraggeber" verwendet, bezieht sie diesen sowohl auf die HL-AG als auch die ÖBB-Infrastruktur Bau

AG.

Zur Begründung der Hauptanträge führte sie im Wesentlichen aus, dass ihr der Auftraggeber zu Unrecht sowohl die technische als auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abgesprochen habe. In der Ausschreibung werde zwar die Vorlage eines Referenzprojektes mit einer Schachttiefe von zumindest 20m gefordert, diese Vorgabe sei allerdings als relativiert anzusehen. Es werde daher auch durch die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekte, die sich zwischen 18,64m und 19,54m bewegen, hinreichendes technisches Vermögen dargelegt. Dies sei dem Auftraggeber in einem Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004 vermittelt worden. Im Übrigen habe dieser von einem sofortigen Ausscheiden Abstand genommen, vielmehr sei ein weiteres Aufklärungsgespräch im Jänner 2005 durchgeführt worden. Überdies werde in Pkt. 4.4.5 der Ausschreibung lediglich die Erbringung vergleichbarer Arbeiten in den letzten fünf Jahren gefordert. Dies lege - auch unter Berücksichtigung des § 914 ABGB - den Schluss nahe, dass die Abteufung in Tiefen von 19,54m ausreichend sei, um die geforderte technische Leistungsfähigkeit zu dokumentieren. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei anzumerken, dass der Grund des geringfügigen Unterschreitens der durchschnittlichen Umsatzschwelle von Euro 30 Mio. den Vertretern des Auftraggebers ebenfalls im Gespräch vom 10. Dezember 2004 dargelegt worden sei. Es handle sich hierbei nicht um ein Unvermögen der Antragstellerin, sondern es sei einfach der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die insbesondere in Deutschland schlechte Wirtschaftslage gerade in den letzten Jahren zu einem massiven Rückgang vergleichbarer Projekte geführt habe. Rückschlüsse auf eine wirtschaftliche Unfähigkeit der Antragstellerin könnten hieraus nicht getroffen werden. Im gegenständlichen Fall seien daher sämtliche Punkte, in denen Aufklärung verlangt worden sei, entsprechend dargelegt worden. Die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, sei daher als rechtswidrig anzusehen und somit für nichtig zu erklären. Die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung bewirke wiederum, dass auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei. Zur Begründung der Hauptanträge führte sie im Wesentlichen aus, dass ihr der Auftraggeber zu Unrecht sowohl die technische als auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abgesprochen habe. In der Ausschreibung werde zwar die Vorlage eines Referenzprojektes mit einer Schachttiefe von zumindest 20m gefordert, diese Vorgabe sei allerdings als relativiert anzusehen. Es werde daher auch durch die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzprojekte, die sich zwischen 18,64m und 19,54m bewegen, hinreichendes technisches Vermögen dargelegt. Dies sei dem Auftraggeber in einem Aufklärungsgespräch vom 10. Dezember 2004

vermittelt worden. Im Übrigen habe dieser von einem sofortigen Ausscheiden Abstand genommen, vielmehr sei ein weiteres Aufklärungsgespräch im Jänner 2005 durchgeführt worden. Überdies werde in Pkt. 4.4.5 der Ausschreibung lediglich die Erbringung vergleichbarer Arbeiten in den letzten fünf Jahren gefordert. Dies lege - auch unter Berücksichtigung des Paragraph 914, ABGB - den Schluss nahe, dass die Abteufung in Tiefen von 19,54m ausreichend sei, um die geforderte technische Leistungsfähigkeit zu dokumentieren. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei anzumerken, dass der Grund des geringfügigen Unterschreitens der durchschnittlichen Umsatzschwelle von Euro 30 Mio. den Vertretern des Auftraggebers ebenfalls im Gespräch vom 10. Dezember 2004 dargelegt worden sei. Es handle sich hierbei nicht um ein Unvermögen der Antragstellerin, sondern es sei einfach der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die insbesondere in Deutschland schlechte Wirtschaftslage gerade in den letzten Jahren zu einem massiven Rückgang vergleichbarer Projekte geführt habe. Rückschlüsse auf eine wirtschaftliche Unfähigkeit der Antragstellerin könnten hieraus nicht getroffen werden. Im gegenständlichen Fall seien daher sämtliche Punkte, in denen Aufklärung verlangt worden sei, entsprechend dargelegt worden. Die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, sei daher als rechtswidrig anzusehen und somit für nichtig zu erklären. Die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung bewirke wiederum, dass auch die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei.

Im Übrigen sei eine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens insgesamt gegeben. Im gegenständlichen Fall trete die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Rechtsnachfolgerin der HL-AG auf. Dieses Vorgehen finde jedoch keine Entsprechung im Firmenbuch. Im § 32 Bundesbahngesetz werde zwar ausgeführt, dass die HL-AG mit 31. Dezember 2004 mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft verschmolzen werde. Zugleich werde festgeschrieben, dass spätestens am 30. September 2005 die Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden sei. Allerdings komme für den gegenständlichen Vorgang die Legalfiktion des § 41 Bundesbahngesetz nicht zur Geltung. Dies bewirke, dass mangels Firmenbucheintragung eine Gesamtrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG gegenüber der HL-AG zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht eingetreten sei. Demgemäß könne Erstere auch keine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Verfahren treffen. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären und in weiterer Folge werde das Vergabeverfahren zu widerrufen sein. Im Übrigen sei eine Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens insgesamt gegeben. Im gegenständlichen Fall trete die ÖBB-Infrastruktur Bau AG als Rechtsnachfolgerin der HL-AG auf. Dieses Vorgehen finde jedoch keine Entsprechung im Firmenbuch. Im Paragraph 32, Bundesbahngesetz werde zwar ausgeführt, dass die HL-AG mit 31. Dezember 2004 mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft verschmolzen werde. Zugleich werde festgeschrieben, dass spätestens am 30. September 2005 die Verschmelzung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden sei. Allerdings komme für den gegenständlichen Vorgang die Legalfiktion des Paragraph 41, Bundesbahngesetz nicht zur Geltung. Dies bewirke, dass mangels Firmenbucheintragung eine Gesamtrechtsnachfolge der ÖBB-Infrastruktur Bau AG gegenüber der HL-AG zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht eingetreten sei. Demgemäß könne Erstere auch keine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Verfahren treffen. Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher schon aus diesem Grund für nichtig zu erklären und in weiterer Folge werde das Vergabeverfahren zu widerrufen sein.

Der drohende Schaden liege zunächst darin, dass der Zuschlag bei Aufrechterhaltung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung nicht erhalten werde. Überdies gehe ein bedeutendes Referenzprojekt verloren. Durch die frustrierte Angebotserstellung sei ein Schaden von Euro 41.490,25 entstanden. Bei Nichterhalt des Zuschlages sei mit einem tatsächlichen finanziellen Schaden von Euro 429.847,08 zu rechnen. Dies ergäbe sich aus einem Deckungsbeitrag von 2,5% und einem entgangenem Gewinn von 0,5% des gesamten angebotenen Preises von etwa Euro 14.328.236,22. Des Weiteren sei die Wertschöpfung von Euro 71.641,18 aus dem Projekt hinzuzuzählen. Der Schaden setze sich einerseits aus dem entgangenen Gewinn, andererseits aus dem entgangenen Deckungsbeitrag zusammen. Da der Anteil des Deckungsbeitrages am Schaden nicht zuletzt davon abhängt, inwiefern die Deckung bereits durch andere Projekte gegeben sei, sei eine Aufteilung auf diese beiden Posten derzeit nicht möglich. Erfahrungsgemäß sei jedoch davon auszugehen, dass ungefähr 1,75% des Auftragswertes, also gegenständlich Euro 250.747,13, den entgangenen Gewinn darstellen. Zu diesem Schaden seien die Gebühren für den Nachprüfungsantrag verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Höhe von insgesamt Euro 10.000,- sowie die Anwaltskosten für die Beratung und Vertretung in Höhe von weiteren Euro 10.000,- hinzuzurechnen.

Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin aus, dass die

Zuschlagsentscheidung bekämpft werde. Damit aus dieser Entscheidung kein Schaden entstehen könne, sei eine vorübergehende Aussetzung dieser Entscheidung das absolute Minimum an Schutz, das vom Bundesvergabebeamten gewährt werden könne. Die Situation im Vergabeverfahren wäre dann so, als ob diese Entscheidung noch nicht getroffen worden wäre; ein gelinderes, zum Ziel führendes Mittel sei jedenfalls nicht vorstellbar. Jedenfalls drohe ein finanzieller Schaden in der Höhe von Euro 71.641,18, welcher das Minimum des für den Auftrag zu erwirtschaftenden entgangenen Gewinns und Deckungsbeitrages darstelle, weiters seien die Kosten der frustrierten Angebotsstellung in Höhe von Euro 41.490,25 sowie die Kosten im Zusammenhang mit dem Nachprüfungsverfahren in der Höhe von zumindest Euro 20.000,- ins Treffen zu führen. Auf den drohenden Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes sei des Weiteren hinzuweisen.

Interessen sonstiger Bieter würden durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht berührt. Allenfalls wären die Interessen des Bestbieters tangiert. Die durch das Nachprüfungsverfahren bewirkte Verzögerung sei jedoch nicht unverhältnismäßig und jeder einstweiligen Verfügung immanent. Bei Abgabe eines Angebotes müsse es überdies jedem Bieter klar sein, dass bei einem Vergabeverfahren eventuelle Anfechtungen dazu führen könnten, dass nicht fristgerecht mit der Leistung begonnen werden könne. Insofern hätten die Bieter mit Abgabe eines Angebotes eine solche Folge bereits in Kauf genommen. Interessen des Auftraggebers würden ebenfalls nicht gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen. Über die einer einstweiligen Verfügung immanente Verzögerung der Bedarfsdeckung und dem damit verbundenen organisatorischen und finanziellen Mehraufwand hinaus, gäbe es keine besonderen, zu befürchtenden Nachteile. Ein besonderes öffentliches Interesse an dem gegenständlichen Vergabeverfahren, welches lediglich Vorarbeiten für ein im Laufe der nächsten Jahre bzw. Jahrzehnte durchzuführendes Infrastrukturprojekt zum Inhalt habe, sei ebenfalls nicht gegeben.

In seiner Stellungnahme vom 2. März 2005 gab die ÖBB-Infrastruktur Bau AG (im Folgenden auch als Auftraggeber bezeichnet!) zunächst bekannt, dass das Bauvorhaben B 1257 ein Los des Gesamtbauvorhabens "Koralmbahn" darstelle. Die Gesamtkosten sowohl für Bau- als auch für Dienstleistungen würden sich derzeit auf Euro 2 Mrd. belaufen. Für dieses Großprojekt würden zurzeit vier Erkundungsvorhaben durchgeführt bzw. zur Vergabe gebracht. Dabei handle es sich um den verfahrensgegenständlichen Erkundungstunnel Leibenfeld mit einem geschätzten Auftragswert (ohne Ust.) in der Höhe von Euro 19.286.086,34 (B 1257), den Erkundungstunnel Paierdorf (B 1258) mit einer Kostenschätzung von Euro 64.630.000, den Erkundungsschacht Paierdorf (B 1259) mit einer Auftragssumme von Euro 2.500.750,38 sowie den Erkundungstunnel Mitterpichling (B 1260), welcher um eine Auftragssumme von Euro 24.091.053,23 bereits zur Vergabe gebracht worden sei. Der verfahrensgegenständliche Auftrag sei weder vergeben, noch sei das Vergabeverfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei sämtlichen Bietern am 11. Februar 2005 gleichzeitig, unverzüglich und nachweislich mittels Telefax bekannt gegeben worden.

Wie von der Antragstellerin selbst dargelegt, habe sie zum einen keine entsprechende Referenz und zum anderen keinen ausreichenden Umsatz nachweisen können. Sie sei daher aufgrund ihrer offenkundig nicht vorliegenden Eignung zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Damit fehle es ihr aber gleichzeitig an der Möglichkeit eines eingetretenen oder drohenden Schadens durch eine mit einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens belasteten Zuschlagserteilung, weshalb der Antragstellerin mangels Vorliegens der Antragsvoraussetzungen gemäß § 163 Abs 1 BVergG keine Antragslegitimation zukomme. Überdies habe es die Antragstellerin unterlassen, den ihr drohenden Schaden zu bescheinigen. Da sie somit nicht die den Antrag begründenden Tatsachen ausreichend bescheinigt bzw. glaubhaft gemacht habe, sei ihr Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. Wie von der Antragstellerin selbst dargelegt, habe sie zum einen keine entsprechende Referenz und zum anderen keinen ausreichenden Umsatz nachweisen können. Sie sei daher aufgrund ihrer offenkundig nicht vorliegenden Eignung zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Damit fehle es ihr aber gleichzeitig an der Möglichkeit eines eingetretenen oder drohenden Schadens durch eine mit einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens belasteten Zuschlagserteilung, weshalb der Antragstellerin mangels Vorliegens der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG keine Antragslegitimation zukomme. Überdies habe es die Antragstellerin unterlassen, den ihr drohenden Schaden zu bescheinigen. Da sie somit nicht die den Antrag begründenden Tatsachen ausreichend bescheinigt bzw. glaubhaft gemacht habe, sei ihr Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Zu bedenken sei zudem, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung die Ansicht vertrete, dass bei der Beurteilung der Verhängung vorläufiger Maßnahmen im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens die Erfolgsaussichten eines

Antrages auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers berücksichtigt werden könnten. Dementsprechend werde auch im Schrifttum vertreten, dass eine grobe Beurteilung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages durchaus in die Interessenabwägung einfließen könne. Da bereits im Rahmen des Provisorialverfahrens klar erkennbar sei und sogar von der Antragstellerin ausdrücklich zugestanden werde, dass sie die im Pkt. 4.4.4 und Pkt. 4.4.5 aufgestellten Eignungskriterien nicht erfülle, sie sohin für die Zuschlagserteilung nicht in Frage kommen könne, sei die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung gemäß § 171 Abs 1 BVerfG kein geeignetes und erforderliches Mittel um allenfalls entstandene oder drohende Schädigungen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Da dem Hauptantrag offenkundig kein Erfolg beschieden sein könne, wäre eine Stattgabe des Antrages auf einstweilige Verfügung unzulässig. Zu bedenke sei zudem, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung die Ansicht vertrete, dass bei der Beurteilung der Verhängung vorläufiger Maßnahmen im Rahmen eines Vergabenaachprüfungsverfahrens die Erfolgsaussichten eines Antrages auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers berücksichtigt werden könnten. Dementsprechend werde auch im Schrifttum vertreten, dass eine grobe Beurteilung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages durchaus in die Interessenabwägung einfließen könne. Da bereits im Rahmen des Provisorialverfahrens klar erkennbar sei und sogar von der Antragstellerin ausdrücklich zugestanden werde, dass sie die im Pkt. 4.4.4 und Pkt. 4.4.5 aufgestellten Eignungskriterien nicht erfülle, sie sohin für die Zuschlagserteilung nicht in Frage kommen könne, sei die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVerfG kein geeignetes und erforderliches Mittel um allenfalls entstandene oder drohende Schädigungen der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Da dem Hauptantrag offenkundig kein Erfolg beschieden sein könne, wäre eine Stattgabe des Antrages auf einstweilige Verfügung unzulässig.

Die Antragstellerin bringe zudem vor, dass das Vergabeverfahren insgesamt deshalb rechtswidrig wäre, da die Zuschlagsentscheidung nicht vom Rechtsnachfolger des ausschreibenden Unternehmens (HL-AG) getroffen worden sei. Hiezu sei anzumerken, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG bisher noch nicht im Firmenbuch eingetragen worden sei. Die Umwandlung der österreichischen Bundesbahnen in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sei jedoch trotzdem mit 1. Jänner 2005, 0.00 Uhr, ex lege wirksam geworden. Bereits zuvor habe die HL-AG sämtliche ihr gemäß § 8 Hochleistungsstreckengesetz übertragenen Projekte zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, an die ÖBB gemäß § 14 Hochleistungsstreckengesetz im Wege einer Einzelrechtsnachfolge übertragen. Diese Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge beziehe sich gemäß notariell beglaubigten Übernahmeprotokolls vom 15. Dezember 2004 auch auf alle in Planung, in Planung und Bau sowie in Bau befindlichen Projekten gemäß der dem Übernahmeprotokoll beiliegenden Aufstellung. In diesem Übernahmeprotokoll würde sich insbesondere auch das ausschreibungsgegenständliche Projekt befinden. Es werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin vom 24. Februar 2005 zurück- in eventu abzuweisen. Die Antragstellerin bringe zudem vor, dass das Vergabeverfahren insgesamt deshalb rechtswidrig wäre, da die Zuschlagsentscheidung nicht vom Rechtsnachfolger des ausschreibenden Unternehmens (HL-AG) getroffen worden sei. Hiezu sei anzumerken, dass die ÖBB-Infrastruktur Bau AG bisher noch nicht im Firmenbuch eingetragen worden sei. Die Umwandlung der österreichischen Bundesbahnen in die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sei jedoch trotzdem mit 1. Jänner 2005, 0.00 Uhr, ex lege wirksam geworden. Bereits zuvor habe die HL-AG sämtliche ihr gemäß Paragraph 8, Hochleistungsstreckengesetz übertragenen Projekte zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, an die ÖBB gemäß Paragraph 14, Hochleistungsstreckengesetz im Wege einer Einzelrechtsnachfolge übertragen. Diese Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge beziehe sich gemäß notariell beglaubigten Übernahmeprotokolls vom 15. Dezember 2004 auch auf alle in Planung, in Planung und Bau sowie in Bau befindlichen Projekten gemäß der dem Übernahmeprotokoll beiliegenden Aufstellung. In diesem Übernahmeprotokoll würde sich insbesondere auch das ausschreibungsgegenständliche Projekt befinden. Es werde daher beantragt, sämtliche Anträge der Antragstellerin vom 24. Februar 2005 zurück- in eventu abzuweisen.

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen der Antragstellerin sowie des Auftraggebers steht folgender für das Provisorialverfahren maßgeblicher Sachverhalt fest:

Im Rahmen des Gesamtbauvorhabens "Koralmbahn" werden derzeit vier Erkundungsvorhaben durchgeführt. Unter anderem schrieb die HL-AG die Errichtung des Erkundungstunnels Leibenfeld im offenen Verfahren aus. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich auf Euro 2 Mrd. (exkl. Ust.), jener des verfahrensgegenständlichen Erkundungstunnels auf Euro 19.286.086,34 (exkl. Ust.; vgl. Vergabebekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Beilage zu OZ 3, sowie Vorbringen der ÖBB-

Infrastruktur Bau AG, OZ 4). Die Angebotsöffnung fand am 1. Dezember 2004 statt. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 11.940.196,85 (exkl. Ust.). Die B*** gab rechtzeitig ein Hauptangebot in der Höhe von Euro 12.325.665,41 (exkl. Ust.) ab. Zugleich wurde von ihr ein Alternativvorschlag mit einer Angebotssumme von Euro 11.662.514,13 (exkl. Ust.) erstellt (siehe Angebotsöffnungsprotokoll vom 1. Dezember 2004, Beilage zu OZ 3). Im Rahmen des Gesamtbauvorhabens "Koralmbahn" werden derzeit vier Erkundungsvorhaben durchgeführt. Unter anderem schrieb die HL-AG die Errichtung des Erkundungstunnels Leibenfeld im offenen Verfahren aus. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich auf Euro 2 Mrd. (exkl. Ust.), jener des verfahrensgegenständlichen Erkundungstunnels auf Euro 19.286.086,34 (exkl. Ust.; vergleiche Vergabebekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Beilage zu OZ 3, sowie Vorbringen der ÖBB-Infrastruktur Bau AG, OZ 4). Die Angebotsöffnung fand am 1. Dezember 2004 statt. Die Antragstellerin legte ein Hauptangebot mit einer Angebotssumme von Euro 11.940.196,85 (exkl. Ust.). Die B*** gab rechtzeitig ein Hauptangebot in der Höhe von Euro 12.325.665,41 (exkl. Ust.) ab. Zugleich wurde von ihr ein Alternativvorschlag mit einer Angebotssumme von Euro 11.662.514,13 (exkl. Ust.) erstellt (siehe Angebotsöffnungsprotokoll vom 1. Dezember 2004, Beilage zu OZ 3).

Am 10. Dezember 2004 führte die HL-AG sowohl mit der Antragstellerin als auch mit der B*** ein Aufklärungsgespräch durch. Dabei wurde festgehalten, dass ein allfälliges Ansprechen von Mängeln des Angebotes in diesem und allen weiteren Aufklärungsgesprächen "keinerlei Präjudiz hinsichtlich der Behebbarkeit dieses Mangels" darstellt. Im betreffenden Gespräch mit der Antragstellerin wurde zum einen der fehlende Nachweis des geforderten Mindestumsatzes in der Höhe von Euro 30 Mio. sowie die fehlende Darlegung eines Referenzprojektes einer Schachttiefe von zumindest 20m behandelt. Die Antragstellerin verwies dabei zum einen auf die schlechte Baukonjunktur in den letzten Jahren, zum anderen bestätigte sie, dass die von ihr gelegten Referenzprojekte eine Schachttiefe von 19,54m bzw. 18,64m aufweisen (vgl. Protokolle über die ersten Aufklärungsgespräche vom 10. Dezember 2004, Beilage zu OZ 4, und übereinstimmendes Parteienvorbringen). Am 10. Dezember 2004 führte die HL-AG sowohl mit der Antragstellerin als auch mit der B*** ein Aufklärungsgespräch durch. Dabei wurde festgehalten, dass ein allfälliges Ansprechen von Mängeln des Angebotes in diesem und allen weiteren Aufklärungsgesprächen "keinerlei Präjudiz hinsichtlich der Behebbarkeit dieses Mangels" darstellt. Im betreffenden Gespräch mit der Antragstellerin wurde zum einen der fehlende Nachweis des geforderten Mindestumsatzes in der Höhe von Euro 30 Mio. sowie die fehlende Darlegung eines Referenzprojektes einer Schachttiefe von zumindest 20m behandelt. Die Antragstellerin verwies dabei zum einen auf die schlechte Baukonjunktur in den letzten Jahren, zum anderen bestätigte sie, dass die von ihr gelegten Referenzprojekte eine Schachttiefe von 19,54m bzw. 18,64m aufweisen (vergleiche Protokolle über die ersten Aufklärungsgespräche vom 10. Dezember 2004, Beilage zu OZ 4, und übereinstimmendes Parteienvorbringen).

Mit notariell beglaubigtem Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 wurden sämtliche in Planung, in Planung und Bau sowie in Bau befindlichen Projekte mit Wirkung zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, von der HL-AG an die ÖBB übergeben. Im betreffenden Protokoll wird festgehalten, dass gemäß § 32 Bundesbahngesetz 1992 (BBG) idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 (BBSG) die HL-AG zum Stichtag 31. Dezember 2004 mit der Nachfolgesellschaft der ÖBB, der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft verschmolzen wird (Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004, Beilage zu OZ 4). Mit notariell beglaubigtem Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004 wurden sämtliche in Planung, in Planung und Bau sowie in Bau befindlichen Projekte mit Wirkung zum 31. Dezember 2004, 24.00 Uhr, von der HL-AG an die ÖBB übergeben. Im betreffenden Protokoll wird festgehalten, dass gemäß Paragraph 32, Bundesbahngesetz 1992 (BBG) in der Fassung Bundesbahnstrukturgesetz 2003 (BBSG) die HL-AG zum Stichtag 31. Dezember 2004 mit der Nachfolgesellschaft der ÖBB, der ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft verschmolzen wird (Übergabeprotokoll vom 15. Dezember 2004, Beilage zu OZ 4).

Am 14. Jänner 2005 führte die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sowohl mit der Antragstellerin als auch der B*** ein weiteres Aufklärungsgespräch durch (siehe betreffende Protokolle vom 14. Jänner 2005, Beilage zu OZ 3). Mit Telefax vom 11. Februar 2005 teilte die ÖBB-Infrastruktur Bau AG den Bietern mit, dass eine Zuschlagserteilung an die B*** beabsichtigt wird. Zugleich wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden wird. Mit Schreiben vom 21. Februar 2005 informierte die ÖBB-Infrastruktur Bau AG die Antragstellerin, dass ihr Angebot wegen des Fehlens eines spartenspezifischen Umsatzes im Untertagebau der drei letzten abgeschlossenen Geschäftsjahre im

Durchschnitt von zumindest Euro 30 Mio. sowie wegen eines fehlenden Schachtprojektes im offenen Abteufen mit mindestens 5m Durchmesser und mindestens 20m Tiefe ausgeschieden wurde (siehe betreffende Schreiben, Beilage zu OZ 3).

Der Sachverhalt ergibt sich aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv angeführten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben.

Der vorliegende Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

A. Zur Zuständigkeit, Zulässigkeit und den anzuwendenden

Rechtsvorschriften

Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG gilt dieses Bundesgesetz unter anderem für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und
Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG gilt dieses Bundesgesetz unter anderem für Vergabeverfahren, die von einer Einrichtung, die (a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, die nicht gewerblicher Art sind, und

(b) zumindest teilrechtsfähig ist und

(c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, (c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, finanziert wird oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Ziffer eins, oder anderen Einrichtungen im Sinne der Ziffer 2, ernannt worden sind,

durchgeführt werden. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH stellen im Allgemeinen Tätigkeiten, die zum einen auf andere Art als durch das Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die zum anderen der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte, in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art dar (soweit EuGH vom 10. November 1998, C-360/96, "BFI Holding", Rz 50f; vom 10. Mai 2001, C-223/99 und C-260/99, "Agorà und Excelsior", Rz 37 sowie vom 27. Februar 2003, C- 373/00, "Truley", Rz 50). Dies ist auch für die Errichtung einer leistungsfähigen Schieneninfrastruktur anzunehmen.

Der HL-AG obliegt gemäß § 7 Abs 1 Hochleistungsstreckengesetz, BGBl. Nr. 135/1989 idF BGBl. I Nr. 112/2003, die Planung und der Bau von Hochleistungsstrecken, sofern die Errichtung nicht von den ÖBB, der Brenner Eisenbahn GmbH (BEG) oder Dritten wahrzunehmen ist. Die Anteile an besagter Aktiengesellschaft sind zu 100% dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr vorbehalten. Entsprechend lit. K Z 9 Anlage zu § 2 Bundesministeriengesetz 1986, BGBl. Nr. 76/1986 idF BGBl. I Nr. 17/2003, obliegt die Verwaltung der Anteilsrechte von Gesellschaften, die für die Belange der Schieneninfrastruktur bestehen, nunmehr dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT). Wenngleich es sich bei der HL-AG um eine reine Planungs- und Errichtungsgesellschaft handelt, die gemäß § 14 Abs 1 Hochleistungsstreckengesetz (idF BGBl. I Nr. 112/2003) fertig gestellte Streckenabschnitte den ÖBB zum Betrieb und zur Erhaltung zu übergeben hat(te), wird diese - ausgehend von der Zuweisungspraxis des Senats 1 - nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes als Bereitstellerin eines Schienenverkehrsnetzes angesehen (siehe ua. BVA vom 20. Februar 2004, 16N-144/03, RPA 2004, 189 mit Anm. Reisner sowie vom 22. August 2003, 16N-69/03-11, ZVB 2003/110 mit Anm. Gutknecht). Sie übt daher gemäß § 120 Abs 2 Z 3 BVergG eine Sektorentätigkeit aus. Der HL-AG obliegt gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Hochleistungsstreckengesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 135 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 112 aus 2003,, die Planung und der Bau von Hochleistungsstrecken, sofern die Errichtung nicht von den ÖBB, der Brenner Eisenbahn GmbH (BEG) oder Dritten wahrzunehmen ist. Die Anteile an besagter Aktiengesellschaft sind zu 100% dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr vorbehalten. Entsprechend lit. K Ziffer 9, Anlage zu Paragraph 2, Bundesministeriengesetz 1986, Bundesgesetzblatt Nr. 76 aus 1986, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2003,, obliegt die Verwaltung der Anteilsrechte von Gesellschaften, die für die

Belange der Schieneninfrastruktur bestehen, nunmehr dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT). Wenngleich es sich bei der HL-AG um eine reine Planungs- und Errichtungsgesellschaft handelt, die gemäß Paragraph 14, Absatz eins, Hochleistungsstreckengesetz in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 112 aus 2003,) fertig gestellte Streckenabschnitte den ÖBB zum Betrieb und zur Erhaltung zu übergeben hat(te), wird diese - ausgehend von der Zuweisungspraxis des Senats 1 - nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes als Bereitstellerin eines Schienenverkehrsnetzes angesehen (siehe ua. BVA vom 20. Februar 2004, 16N-144/03, RPA 2004, 189 mit Anmerkung Reisner sowie vom 22. August 2003, 16N-69/03-11, ZVB 2003/110 mit Anmerkung Gutknecht). Sie übt daher gemäß Paragraph 120, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG eine Sektorentätigkeit aus.

Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG wurde gemäß §§ 29 iVm 41 Bundesbahngesetz, BGBl. Nr. 825/1992 idF BGBl. I Nr. 180/2004, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß § 32 Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach § 30 leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte wiederum dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (§§ 2 Bundesbahngesetz). Entsprechend § 31 leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß § 35 Abs 1 Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos um eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur. Demgemäß hat sie als öffentlicher Auftraggeber nach § 7 BVergG "lediglich" dem eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG wurde gemäß Paragraphen 29, in Verbindung mit 41 Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 825 aus 1992, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 180 aus 2004,, mit Ablauf des 31. Dezember 2004 - nach diversen Abspaltungen - aus den ÖBB geschaffen. Der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind insbesondere die vormaligen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte) und Kraftwerke der ÖBB verblieben. Überdies wurde die ÖBB-Infrastruktur Bau AG gemäß Paragraph 32, Bundesbahngesetz als übernehmende Gesellschaft mit der HL-AG verschmolzen. Die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Bau AG sind nach Paragraph 30, leg.cit. zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht wiederum zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte wiederum dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt (Paragraphen 2, Bundesbahngesetz). Entsprechend Paragraph 31, leg.cit. obliegt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über die Wartung oder Instandsetzung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit im Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Schieneninfrastruktur. Gemäß Paragraph 35, Absatz eins, Bundesbahngesetz hat die ÖBB-Infrastruktur Bau AG der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG ihre Schieneninfrastruktur samt den Anlagen und Einrichtungen für das Bereitstellen sonstiger Leistungen als Eisenbahninfrastrukturunternehmen mittels Nutzungsvertrag zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich somit bei der ÖBB-Infrastruktur Bau AG - hinausgehend über eine "bloße" Planungs- und Errichtungsgesellschaft - zweifellos um eine Bereitstellerin von Schieneninfrastruktur. Demgemäß hat sie als öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 7, BVergG "lediglich" dem eingeschränkten Sektorenregime Berücksichtigung zu schenken.

In gegenständlichen Fall kommt der Frage, ob die ÖBB-Infrastruktur Bau AG in vergabe- bzw. zivilrechtlicher Hinsicht im laufenden Vergabeverfahren die Rechtsnachfolge der HL-AG angetreten hat, erhebliche Bedeutung zu. § 32 Bundesbahngesetz sieht für die diesbezügliche Verschmelzung einen Stichtag mit 31. Dezember 2004 vor. § 41 Bundesbahngesetz, der auf die Rechtswirksamkeit der Umstrukturierungsmaßnahmen Bedacht nimmt, besitzt zumindest keine unmittelbare Geltung für die Verschmelzung von ÖBB-Infrastruktur Bau AG und HL-AG. Es wird im Rahmen des Hauptverfahrens zu klären sein, inwiefern sonstige Handlungen der beteiligten Personen zu einer Rechtsnachfolge geführt haben. Im Übrigen ist an dieser Stelle zu vermerken, dass als Adressat dieses eV-Bescheids

die ÖBB-Infrastruktur Bau AG angesehen wird. Hat doch diese Gesellschaft die angefochtene Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung getroffen. Mangels entsprechender Entscheidung kann hingegen - losgelöst von der "Existenzfrage" - keine Auftragserteilung der HL-AG unmittelbar bevorstehen. In gegenständlichen Fall kommt der Frage, ob die ÖBB-Infrastruktur Bau AG in vergabe- bzw. zivilrechtlicher Hinsicht im laufenden Vergabeverfahren die Rechtsnachfolge der HL-AG angetreten hat, erhebliche Bedeutung zu. Paragraph 32, Bundesbahngesetz sieht für die diesbezügliche Verschmelzung einen Stichtag mit 31. Dezember 2004 vor. Paragraph 41, Bundesbahngesetz, der auf die Rechtswirksamkeit der Umstrukturierungsmaßnahmen Bedacht nimmt, besitzt zumindest keine unmittelbare Geltung für die Verschmelzung von ÖBB-Infrastruktur Bau AG und HL-AG. Es wird im Rahmen des Hauptverfahrens zu klären sein, inwiefern sonstige Handlungen der beteiligten Personen zu einer Rechtsnachfolge geführt haben. Im Übrigen ist an dieser Stelle zu vermerken, dass als Adressat dieses eV-Bescheids die ÖBB-Infrastruktur Bau AG angesehen wird. Hat doch diese Gesellschaft die angefochtene Ausscheidens- bzw. Zuschlagsentscheidung getroffen. Mangels entsprechender Entscheidung kann hingegen - losgelöst von der "Existenzfrage" - keine Auftragserteilung der HL-AG unmittelbar bevorstehen.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 25. Februar 2005 an den unter anderem für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Trotz gebotener Einordnung des gegenständlichen Vorhabens in den Oberschwellenbereich ist gemäß § 154 Abs 2 BVergG der betreffende Senatsvorsitzende alleine zur Entscheidung über die Erlassung der einstweiligen Verfügung berufen. Im Übrigen wurde der am 25. Februar 2005 bei der Behörde eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden. Den Formerfordernissen des § 166 Abs 1 und 2 BVergG wurde grundsätzlich in hinreichender Weise entsprochen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag wurde am 25. Februar 2005 an den unter anderem für Bauvorhaben im Sektorenbereich "Verkehr" zuständigen Senat 16 zugewiesen. Trotz gebotener Einordnung des gegenständlichen Vorhabens in den Oberschwellenbereich ist gemäß Paragraph 154, Absatz 2, BVergG der betreffende Senatsvorsitzende alleine zur Entscheidung über die Erlassung der einstweiligen Verfügung berufen. Im Übrigen wurde der am 25. Februar 2005 bei der Behörde eingelangte Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit einem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung verbunden. Den Formerfordernissen des Paragraph 166, Absatz eins und 2 BVergG wurde grundsätzlich in hinreichender Weise entsprochen.

Seitens der ÖBB-Infrastruktur Bau AG werden jedoch Zweifel an der Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gehegt. Zum einen habe die Antragstellerin keine entsprechende Bescheinigung des behaupteten drohenden Schadens vorgenommen, zum anderen fehle es dem Hauptantrag angesichts des zu Recht erfolgten Ausscheidens gänzlich an einer Aussicht auf Erfolg. Zur allenfalls fehlenden Bescheinigung ist zunächst festzuhalten, dass die Antragstellerin den durch die Erstellung des Antrags bereits eingetretenen Schaden sowie den im entgangenen Gewinn zu erblickenden drohenden Schaden glaubhaft und weitgehend nachvollziehbar dargelegt hat. Das Vorbringen ist in sich schlüssig und findet zudem in den vorliegenden Unterlagen Deckung. So erscheinen ein entgangener Gewinn von etwa 1,75% des Angebotspreises sowie Angebotserstellungskosten von Euro 41.490,25 bei der Größe dieses Vorhabens durchaus plausibel. Ebenso kann der Verweis auf den allfälligen Verlust eines Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen nachvollzogen werden. Letzterem Aspekt kommt im gegenständlichen Fall angesichts der offenkundigen Schwierigkeit der Antragstellerin, betreffende Referenzen vorzuweisen, ein besonderes Gewicht zu.

Zum allfälligen Fehlen jeglicher Erfolgsaussicht des Hauptantrags wegen Nichtvorliegens einer hinreichenden Eignung ist zu konstatieren, dass dieser nach der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung im Rahmen eines Provisorialverfahrens durchaus Beachtung geschenkt werden kann (EuGH vom 9. April 2003, C-424/01, CS Communications). Einer derartigen Vorgehensweise steht wohl auch der Wortlaut des § 171 Abs 3 BVergG nicht entgegen (vgl etwa BVA vom 16. Februar 2005, 6N-4/05-7, BVA 16. Juni 2004, 8N-54/04-23, BVA vom 17. Februar 2004, 8N-10/04-27 und BVA vom 11. August 2003, 16N- 74/03-7) Im gegenständlichen Fall kann jedoch zum derzeitigen Ermittlungsstand nicht ausgeschlossen werden, dass dem Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung zu entsprechen ist. Vor allem die Begründetheit des Vorbringens zur Auftraggebereigenschaft der ÖBB-Infrastruktur Bau AG wird im Hauptverfahren nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu beurteilen sein. Entgegen dem gegenteiligen Vorbringen ist daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Zulässigkeit nicht abzusprechen. Die Erfolgsaussichten des Hauptbegehrens können jedoch in weiterer Folge in die Interessenabwägung

einbezogen werden. Zum allfälligen Fehlen jeglicher Erfolgsaussicht des Hauptantrags wegen Nichtvorliegens einer hinreichenden Eignung ist zu konstatieren, dass dieser nach der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung im Rahmen eines Provisorialverfahrens durchaus Beachtung geschenkt werden kann (EuGH vom 9. April 2003, C-424/01, CS Communications). Einer derartigen Vorgehensweise steht wohl auch der Wortlaut des Paragraph 171, Absatz 3, BVergG nicht entgegen vergleiche etwa BVA vom 16. Februar 2005, 6N-4/05-7, BVA 16. Juni 2004, 8N-54/04-23, BVA vom 17. Februar 2004, 8N-10/04-27 und BVA vom 11. August 2003, 16N- 74/03-7) Im gegenständlichen Fall kann jedoch zum derzeitigen Ermittlungsstand nicht ausgeschlossen werden, dass dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu entsprechen ist. Vor allem die Begründetheit des Vorbringens zur Auftraggebereigenschaft der ÖBB-Infrastruktur Bau AG wird im Hauptverfahren nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu beurteilen sein. Entgegen dem gegenteiligen Vorbringen ist daher dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Zulässigkeit nicht abzusprechen. Die Erfolgsaussichten des Hauptbegehrens können jedoch in weiterer Folge in die Interessenabwägung einbezogen werden.

B. Zur inhaltlichen Beurteilung des Antrages

Gemäß § 171 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 171 Abs 3 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß § 171 Abs 4 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Antragstellerinteressen zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 171, Absatz 3, 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 der einstweiligen Verfügung, so ist von ihrer Erlassung Abstand zu nehmen. Gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Da seitens der ÖBB-Infrastruktur Bau AG die Vergabe an die B*** vorgesehen ist, sie aber möglicherweise im gegenständlichen Vergabeverfahren zu einem solchen Vorgehen nicht berufen ist, droht der Antragstellerin bei Zutreffen ihrer Behauptungen durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Unterbindung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, 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. Diese Gedankenkette ist insbesondere vor dem Hintergrund der behaupteten Notwendigkeit eines Widerrufs der gegenständlichen Ausschreibung zu sehen.

Die Antragstellerin beziffert - im auf das Provisorialverfahren Bezug nehmenden Teil ihres Antragsschreibens - den ihr durch eine allenfalls fehlgeleitete Auftragsvergabe drohenden Schaden mit zumindest Euro 113.131,43 (Angebotserstellungskosten und Verdienstentgang). Es bestehen dem Grunde nach keine Zweifel am drohenden beträchtlichen Schaden, zumal dem Verlust eines Referenzprojektes angesichts des bisherigen Vorbringens besondere Bedeutung beizumessen ist. Die ÖBB-Infrastruktur Bau AG sieht in ihrer Stellungnahme vom 2. März 2005 davon ab, eine besondere Dringlichkeit des gegenständlichen Vorhabens hervor zu streichen. Sie begnügt sich mit der eingehenden Darlegung des zu Recht erfolgten Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin, da dieser jedenfalls die

Eignung abzusprechen ist. Tatsächlich stellt sich dieses Vorbringen als schlüssig dar. Allerdings verbleibt die Problematik der Rechtsnachfolge auf Auftraggeberseite. Die hinsichtlich des Ausscheidens möglicherweise etwas eingeschränkt zu bewertenden Erfolgsaussichten der Antragstellerin reichen jedoch keineswegs aus, um ein Überwiegen der gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen hervor zu rufen. Es war daher grundsätzlich eine einstweilige Verfügung zu erlassen.

Die Antragstellerin vermengte in ihrem Begehren zum einen die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und zum anderen die Untersagung der Zuschlagserteilung. Da die Aussetzung einer Entscheidung im Vergleich zur gänzlichen Untersagung der Zuschlagserteilung zweifellos eine geringere, noch zum Ziel führende Maßnahme darstellt (siehe BVA vom 21. April 2004, 16N-37/04-8), war lediglich erstere zu verfügen. Mit dem Aussetzen wird einer einzelnen Auftraggeberentscheidung während der Dauer der Verfügung gewissermaßen die Wirksamkeit genommen, wobei sie aber gleichzeitig existent zu sein hat, um allenfalls nichtig erklärt werden zu können (soweit BVA vom 3. September 2004, 8N-83/04-12, zur Zulässigkeit des Aussetzens siehe zudem R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² 605f). Die Dauer der verfügten Maßnahme wurde im Hinblick auf die bereits für 10. März 2005 anberaumte Verhandlung und die Notwendigkeit einer Beurteilung von klar abgegrenzten (Rechts)Fragen mit einem Monat bemessen. Im Übrigen ist zu vermerken, dass eine Verfügung von "längstens jedoch bis zwei Monate nach Erlassung" in § 171 Abs 5 BVergG ohnedies keine Deckung finden würde. Im Oberschwellenbereich hat eine einstweilige Verfügung spätestens zwei Monate nach Antragstellung außer Kraft zu treten (siehe - zuletzt - BVA vom 29. Dezember 2004, 16N-132/04-7 sowie R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² 624). Die Antragstellerin vermengte in ihrem Begehren zum einen die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und zum anderen die Untersagung der Zuschlagserteilung. Da die Aussetzung einer Entscheidung im Vergleich zur gänzlichen Untersagung der Zuschlagserteilung zweifellos eine geringere, noch zum Ziel führende Maßnahme darstellt (siehe BVA vom 21. April 2004, 16N-37/04-8), war lediglich erstere zu verfügen. Mit dem Aussetzen wird einer einzelnen Auftraggeberentscheidung während der Dauer der Verfügung gewissermaßen die Wirksamkeit genommen, wobei sie aber gleichzeitig existent zu sein hat, um allenfalls nichtig erklärt werden zu können (soweit BVA vom 3. September 2004, 8N-83/04-12, zur Zulässigkeit des Aussetzens siehe zudem R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² 605f). Die Dauer der verfügten Maßnahme wurde im Hinblick auf die bereits für 10. März 2005 anberaumte Verhandlung und die Notwendigkeit einer Beurteilung von klar abgegrenzten (Rechts)Fragen mit einem Monat bemessen. Im Übrigen ist zu vermerken, dass eine Verfügung von "längstens jedoch bis zwei Monate nach Erlassung" in Paragraph 171, Absatz 5, BVergG ohnedies keine Deckung finden würde. Im Oberschwellenbereich hat eine einstweilige Verfügung spätestens zwei Monate nach Antragstellung außer Kraft zu treten (siehe - zuletzt - BVA vom 29. Dezember 2004, 16N-132/04-7 sowie R. Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² 624).

Schlagworte

Bereitstellung von Schienenverkehrsnetzen, Sektorentätigkeit, Aussetzen der Zuschlagsentscheidung;

Dokumentnummer

VERGT_20050304_16N_9_05_8_00

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