

TE Verg Bescheid 2001/4/23 N-40/01-10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.04.2001

Norm

BVergG 1997 §7 Abs1

BVergG 1997 §11 Abs1 Z3

BVergG 1997 §16

BVergG 1997 §47

BVergG 1997 §48

BVergG 1997 §53

BVergG 1997 §52 Abs1 Z1

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8

BVergG 1997 §11 Abs1 Z1

BVergG 1997 §11 Abs1 Z2

BVergG 1997 §11 Abs1 Z3

BVergG 1997 §116 Abs1

BVergG 1997 §116 Abs3

BVergG 1997 §116 Abs5

B-VG Art126b Abs2

ÖNORM A 2050 (1993) Punkt 1.3.3

BE-Ü-VO BGBl II 432/1999 §1 Abs1 litb

1. B-VG Art. 126b heute
2. B-VG Art. 126b gültig ab 20.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2009
3. B-VG Art. 126b gültig von 01.01.2004 bis 19.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 126b gültig von 04.09.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 194/1999
5. B-VG Art. 126b gültig von 01.01.1978 bis 03.09.1999 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 539/1977
6. B-VG Art. 126b gültig von 01.10.1975 bis 31.12.1977 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 409/1975
7. B-VG Art. 126b gültig von 14.08.1948 bis 30.09.1975 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 143/1948
8. B-VG Art. 126b gültig von 19.12.1945 bis 13.08.1948 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 126b gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID

Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 18. April 2001 durch Vizepräsidenten des OGH iR Dr. Kurt Hofmann als Vorsitzenden und die Beisitzer Divisionär Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut

Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, Dienstleistung AP 006, Technische Projektaufbereitung" des Auftraggebers Brenner Basistunnel EWIV (BBT EWIV), Neuhauserstraße 7/3, 6020 Innsbruck, vertreten durch RA Dr. X, wie folgtDer Senat 6 des Bundesvergabebeamtes hat am 18. April 2001 durch Vizepräsidenten des OGH iR Dr. Kurt Hofmann als Vorsitzenden und die Beisitzer Divisionär Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut Heindl als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, Dienstleistung AP 006, Technische Projektaufbereitung" des Auftraggebers Brenner Basistunnel EWIV (BBT EWIV), Neuhauserstraße 7/3, 6020 Innsbruck, vertreten durch RA Dr. römisch zehn, wie folgt

entschieden:

Spruch:

Dem Antrag der Bietergemeinschaft A*** pA.

, bestehend aus 1. AA

Gesellschaft mbH, ***, 2. AB*** GmbH, ***, sowie 3. AC*** GmbH, ***,

alle vertreten durch RA

***, vom 26. März 2001, dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen, bis in gegenständlicher Hauptsache eine endgültige Entscheidung des Bundesvergabebeamtes ergangen ist, dies längstens jedoch für Dauer von 2 Monaten und bei sonstiger Exekution, wird

stattgegeben.

Der Brenner Basistunnel EWIV (BBT EWIV), vertreten durch RA

, ist die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, Dienstleistung AP006, Technische Projektaufbereitung" bei Exekution bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebeamts über den Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft A, p.A. ***, bestehend aus 1. AA*** Gesellschaft mbH, ***, 2. AB*** GmbH, ***, sowie 3. AC*** GmbH, ***, alle vertreten durch RA

***, vom 26. März 2001, längstens aber bis zum 26. Mai 2001 untersagt.

Begründung:

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen:

Die Antragstellerinnen stellten mit Schriftsatz vom 26. März 2001 die Anträge,

- die Entscheidung des Auftraggebers, den Zuschlag im gegenständlichem Ausschreibungsverfahren an die Bietergemeinschaft B***, bestehend aus

1. 1)Ziffer eins

BA*** GmbH, ***, 2) BB*** AG, ***

sowie 3) BC***

Gesellschaft m.b.H., ***,

(im folgenden : beabsichtigte Zuschlagsempfängerinnen) zu erteilen, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,

- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, dass das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen die Eignungskriterien erfüllt, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen nicht auszuscheiden, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, dass bei der Ermittlung des Bewertungsfaktors Technik (ftk) die Erfahrung und Referenz für die Bereiche zu Punkt 01.02.05, 01.02.06 und 01.02.07 jeweils der Klasse "80%" zugeordnet und bewertet wurde, sowie im Bereich 03.01.02 (italienische Sprachkenntnisse) der Klasse "60%" und im Bereich

03.06.02 (Referenzprojekt R19) der Klasse "90%" zugeordnet wurde, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,

- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, dass der Gesamtpreis des Angebotes der Antragstellerinnen nicht ausreicht, um das Angebot als Bestangebot zu reihen, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, wonach das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen aufgrund der Punktebewertung das Bestangebot ist, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerinnen auszuschneiden, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, dass die Benennung mehrerer Referenzen für einzelne Fachbereiche den Ausschreibungsbedingungen widerspricht, da die Bewertung nur einer Referenz vorgesehen war, und von den Antragstellerinnen nicht bereits bei Angebotsabgabe festgelegt wurde, welches Referenzprojekt der Bewertung zugrunde zu legen ist und die Bewertung der eingereichten Referenzen zu unterschiedlichen Bewertungsfaktoren führen und solche Mängel nicht verbesserbar sind, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, dass das Angebot der Antragstellerinnen bestmöglich einen Bewertungsfaktor von 1,0812 erreichen kann, und daher an die dritte Stelle zu reihen wäre, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerinnen nicht endgültig zu bewerten und näher zu prüfen, wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,
- -Strichaufzählung
die Entscheidung des Auftraggebers und die diesbezüglichen Ausschreibungsbedingungen, dass zur Ermittlung des Bestbieters auch die Nettopreise für die mit Option bezeichneten Leistungen herangezogen werden (Kapitel A1, Pkt. 9.4 und Kapitel K, Pkt.2.1 der Ausschreibungsbedingungen), wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären,

sowie den im Spruch zitierten Antrag und begründeten diese mit rechtswidrigen Entscheidungen des Auftraggebers bei Erstellung der Ausschreibungsbestimmungen sowie bei der Durchführung der Eignungsprüfung und der Bestbieterermittlung.

Die Antragstellerinnen führten zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus, der Auftraggeber sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes, da die Brenner Eisenbahn GmbH zu mindest mit 50% an ihm beteiligt sei und somit die finanzielle Beteiligung des Bundes jene der anderen (ausgegliederten) Rechtsträger überwiege, da kein anderer (ausgegliederter) österreichischer Rechtsträger am Auftraggeber beteiligt sei. Da § 11 Abs. 1 Z 3 BVergG auch eine Kompetenzregelung zwischen Bund und Land treffe, könne diese Bestimmung nur so ausgelegt werden, dass eine überwiegende finanzielle Beteiligung des Bundes gegenüber jener der anderen ausgegliederten Rechtsträger auch dann vorliege, wenn nur der Bund als einziger (ausgegliederter) Rechtsträger beteiligt sei. Zusätzlich sei erforderlich, dass der Bund, im gegenständlichen Fall die Brenner Eisenbahn Gesellschaft, zumindest mit 50% beteiligt sei, da der Auftraggeber anderenfalls nicht "Unternehmen gemäß Art. 126b Abs. 2 B-VG" wäre, wie dies § 11 Abs. 1 Z 3 BVergG erfordere. Auch Kompetenzregelung und Systematik zwischen Bund und Land ließen eine andere Interpretation nicht zu. Eine Zuständigkeit nach Landesgesetzen sei für den Auftraggeber nicht gegeben. Sollte sich die angerufene Behörde für unzuständig erklären, wäre kein Rechtsschutz im Sinne der EU-Richtlinien gegeben, auch dies erfordere eine Auslegung der Bestimmungen im oben genannten Sinn, solange dies nicht denkunmöglich sei. Die Antragstellerinnen führten zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes aus, der Auftraggeber sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Bundesvergabegesetzes, da die Brenner Eisenbahn GmbH zu mindest mit 50% an ihm beteiligt sei und somit die finanzielle Beteiligung des Bundes jene der anderen (ausgegliederten) Rechtsträger überwiege, da kein anderer (ausgegliederter) österreichischer Rechtsträger am Auftraggeber beteiligt sei. Da Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auch eine Kompetenzregelung zwischen Bund und Land treffe, könne diese Bestimmung nur so ausgelegt werden, dass eine überwiegende finanzielle Beteiligung

des Bundes gegenüber jener der anderen ausgegliederten Rechtsträger auch dann vorliege, wenn nur der Bund als einziger (ausgegliederter) Rechtsträger beteiligt sei. Zusätzlich sei erforderlich, dass der Bund, im gegenständlichen Fall die Brenner Eisenbahn Gesellschaft, zumindest mit 50% beteiligt sei, da der Auftraggeber anderenfalls nicht "Unternehmen gemäß Artikel 126 b, Absatz 2, B-VG" wäre, wie dies Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG erfordere. Auch Kompetenzregelung und Systematik zwischen Bund und Land ließen eine andere Interpretation nicht zu. Eine Zuständigkeit nach Landesgesetzen sei für den Auftraggeber nicht gegeben. Sollte sich die angerufene Behörde für unzuständig erklären, wäre kein Rechtsschutz im Sinne der EU-Richtlinien gegeben, auch dies erfordere eine Auslegung der Bestimmungen im oben genannten Sinn, solange dies nicht denkunmöglich sei.

Der Auftraggeber habe am 6. November 2000 (Tag der Absendung der Bekanntmachung nach Luxemburg) unter der Bezeichnung "Ausbau Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, Dienstleistung AP006, Technische Projektaufbereitung" Planungsleistungen im Bauwesen, also Dienstleistungen, bestehend aus Gesamtsystem- und Tunnelplanung, aerodynamische Untersuchungen, Konzeptplanung zur Tunnelsicherheit, baubetriebliche Konzeptplanung sowie Ausarbeitung des UVE-Konzeptes, für die Vorprojektplanung (Brennerbasistunnel) für 54 km Eisenbahntunnel einschließlich Portalbereiche, Zugangsstollen und -schächte sowie sonstige Nebenanlagen im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Auftraggeber habe das Bestbieterprinzip gewählt, wonach jenes Angebot den Zuschlag erhalte, das den niedrigsten bewerteten Nettopreis gemäß den in Kapitel K unter Punkt 2 beschriebenen Bewertungskriterien aufweise.

Die Antragstellerinnen hätten ein Angebot zu einem Preis von 1,649.693,55 EURO für die Hauptleistung sowie von 897.433,14 EURO für die Optionsleistung gelegt. Dieses sei einem Schreiben des Auftraggebers vom 6. Februar 2001 zufolge auf den zweiten Platz gereiht worden. Die beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen hätten ein Angebot zu einem Preis von 1,402.380,47 EURO für die Hauptleistung sowie von 521.424,51 EURO für die Optionsleistung gelegt. Mit Schreiben vom 31. Januar 2001 habe der Auftraggeber den Antragstellerinnen mitgeteilt, er beabsichtige die Vergabe der Dienstleistung an die beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen. Für das Angebot der Antragstellerinnen sei der Bewertungsfaktor 1,0338 ermittelt worden; der auf dessen Grundlage errechnete Gesamtpreis habe nicht die Reihung des Angebots der Antragstellerinnen als Bestangebot zur Folge.

Das Angebot der Antragstellerinnen sei jedoch Bestangebot: Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen habe zumindest zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt und wäre daher auszuschneiden gewesen. Auch im Falle dessen Nichtausscheidung wäre das Angebot der Antragstellerinnen Bestangebot.

Eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsbestimmungen stelle dar, dass entsprechend Kapitel A 1 Punkt 9.4 und Kapitel K Punkt 2.1 Ermittlung des Bestbieters auch die Nettopreise für die mit Option bezeichneten Leistungen heranzuziehen seien. Diese stünden jedoch nicht im Austauschverhältnis zur Hauptleistung, sondern seien eigenständige zusätzliche Leistungen, die auch losgelöst von der Hauptleistung vergeben werden könnten. Die Gesamtpreise seien sowohl mit als auch ohne Berücksichtigung der Optionen anzuführen gewesen. Die Preise für die Optionsleistungen betrügen beim Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen 37% im Verhältnis zu den Preisen der Hauptleistung, beim Angebot der Antragstellerinnen 54%. Entsprechend Kapitel A 1 Punkt 8.5.6 sei der Auftraggeber ohne Angabe von Gründen berechtigt, die mit Option bezeichneten Leistungen nicht in Auftrag zu geben, ohne dass dadurch ein Anspruch des Auftragnehmers auf zusätzliche Vergütung entstehe. Dies stelle einen gemäß § 24 Abs. 5 BVergG unzulässigen bloßen Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe dar. Daher seien die Preise der Optionsleistungen nicht zur Ermittlung des Bestbieters heranzuziehen, weil deren Vergabe nicht gesichert sei und in keinem Zusammenhang mit der Hauptleistung stünden. Laut Kapitel A 2 Punkt 11 der Ausschreibungsbedingungen erfolge der Zuschlag für die Optionen erst nach Vorliegen der für den Auftraggeber erforderlichen Voraussetzungen für die nächste Projektphase, entsprechend Kapitel G Punkt 13.2 erfolge die Beauftragung der Leistungsphase VII (Optionsleistung) erst nach Annahme des Zwischenberichts durch die zuständigen Regierungsstellen und Genehmigung der weiteren Maßnahmen. Der Auftraggeber habe somit gegen § 16 Abs. 5 BVergG verstoßen, wonach Vergabeverfahren nur dann durchzuführen seien, wenn die Absicht bestehe, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Die Teilleistungspreise könnten sich weiters kalkulatorisch nicht auf die Preise der Hauptleistung auswirken, weil ihre Vergabe ungewiss sei. Verletzt werde weiters Punkt 1.3.3 der ÖNORM A 2050 idF vom 1.1.1993. Die Entscheidung des Auftraggebers sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich, weil das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen für die Hauptleistung zu 1,402.399,72 EURO mit dem vom Auftraggeber

ermittelten Faktor 1,2331 multipliziert worden wäre und ein Ergebnis von 1,729.299,09 EURO erreicht hätte, das Angebot der Antragstellerinnen hingegen für die Hauptleistung zu 1,648.827,11 EURO mit dem Faktor 1,0338 multipliziert worden wäre und somit ein Ergebnis von 1,704.557,46 EURO erreicht hätte und daher an erster Stelle gelegen wäre. Eine Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsbestimmungen stelle dar, dass entsprechend Kapitel A 1 Punkt 9.4 und Kapitel K Punkt 2.1 Ermittlung des Bestbieters auch die Nettopreise für die mit Option bezeichneten Leistungen heranzuziehen seien. Diese stünden jedoch nicht im Austauschverhältnis zur Hauptleistung, sondern seien eigenständige zusätzliche Leistungen, die auch losgelöst von der Hauptleistung vergeben werden könnten. Die Gesamtpreise seien sowohl mit als auch ohne Berücksichtigung der Optionen anzuführen gewesen. Die Preise für die Optionsleistungen betrügen beim Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen 37% im Verhältnis zu den Preisen der Hauptleistung, beim Angebot der Antragstellerinnen 54%. Entsprechend Kapitel A 1 Punkt 8.5.6 sei der Auftraggeber ohne Angabe von Gründen berechtigt, die mit Option bezeichneten Leistungen nicht in Auftrag zu geben, ohne dass dadurch ein Anspruch des Auftragnehmers auf zusätzliche Vergütung entstehe. Dies stelle einen gemäß Paragraph 24, Absatz 5, BVergG unzulässigen bloßen Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe dar. Daher seien die Preise der Optionsleistungen nicht zur Ermittlung des Bestbieters heranzuziehen, weil deren Vergabe nicht gesichert sei und in keinem Zusammenhang mit der Hauptleistung stünden. Laut Kapitel A 2 Punkt 11 der Ausschreibungsbedingungen erfolge der Zuschlag für die Optionen erst nach Vorliegen der für den Auftraggeber erforderlichen Voraussetzungen für die nächste Projektphase, entsprechend Kapitel G Punkt 13.2 erfolge die Beauftragung der Leistungsphase römisch sieben (Optionsleistung) erst nach Annahme des Zwischenberichts durch die zuständigen Regierungsstellen und Genehmigung der weiteren Maßnahmen. Der Auftraggeber habe somit gegen Paragraph 16, Absatz 5, BVergG verstoßen, wonach Vergabeverfahren nur dann durchzuführen seien, wenn die Absicht bestehe, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Die Teilleistungspreise könnten sich weiters kalkulatorisch nicht auf die Preise der Hauptleistung auswirken, weil ihre Vergabe ungewiss sei. Verletzt werde weiters Punkt 1.3.3 der ÖNORM A 2050 in der Fassung vom 1.1.1993. Die Entscheidung des Auftraggebers sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlich, weil das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen für die Hauptleistung zu 1,402.399,72 EURO mit dem vom Auftraggeber ermittelten Faktor 1,2331 multipliziert worden wäre und ein Ergebnis von 1,729.299,09 EURO erreicht hätte, das Angebot der Antragstellerinnen hingegen für die Hauptleistung zu 1,648.827,11 EURO mit dem Faktor 1,0338 multipliziert worden wäre und somit ein Ergebnis von 1,704.557,46 EURO erreicht hätte und daher an erster Stelle gelegen wäre.

Der Auftraggeber habe den Antragstellerinnen mit Schreiben vom 8. März 2001, diesen zugewiesen am 12. März 2001, mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei, da die Benennung mehrerer Referenzen für einzelne Fachbereiche den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, da die Bewertung nur einer Referenz vorgesehen gewesen sei und die Antragstellerinnen nicht bereits bei Angebotsabgabe festgelegt hätten, welches Referenzprojekt der Bewertung zugrunde zu legen sei und dies einen unbehebbarer Mangel des Angebotes darstelle. Dem sei entgegenzuhalten, dass einerseits aus den Ausschreibungsbestimmungen nicht ausdrücklich hervorgehe, dass lediglich eine Referenz verlangt gewesen sei, andererseits hätten die Antragstellerinnen ihre Referenzen tatsächlich gereiht. Eine Bekanntgabe seitens der Antragstellerinnen, welches Referenzprojekt zu werten sei, stelle weiters keine nachträgliche Abänderung des Angebotes dar. Jedenfalls habe der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerinnen trotz dieses vermeintlichen Mangels bewertet. Die Ausscheidung verstoße gegen die §§ 16, 47, 48 und 53 BVergG, sei somit rechtswidrig, weiters wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens und daher für nichtig zu erklären. Der Auftraggeber habe den Antragstellerinnen mit Schreiben vom 8. März 2001, diesen zugewiesen am 12. März 2001, mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei, da die Benennung mehrerer Referenzen für einzelne Fachbereiche den Ausschreibungsbestimmungen widerspreche, da die Bewertung nur einer Referenz vorgesehen gewesen sei und die Antragstellerinnen nicht bereits bei Angebotsabgabe festgelegt hätten, welches Referenzprojekt der Bewertung zugrunde zu legen sei und dies einen unbehebbarer Mangel des Angebotes darstelle. Dem sei entgegenzuhalten, dass einerseits aus den Ausschreibungsbestimmungen nicht ausdrücklich hervorgehe, dass lediglich eine Referenz verlangt gewesen sei, andererseits hätten die Antragstellerinnen ihre Referenzen tatsächlich gereiht. Eine Bekanntgabe seitens der Antragstellerinnen, welches Referenzprojekt zu werten sei, stelle weiters keine nachträgliche Abänderung des Angebotes dar. Jedenfalls habe der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerinnen trotz dieses vermeintlichen Mangels bewertet. Die Ausscheidung verstoße gegen die Paragraphen 16, 47, 48 und 53 BVergG, sei somit rechtswidrig, weiters wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens und daher für nichtig zu erklären.

Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen sei aus folgenden Gründen auszuschneiden:

Der Auftraggeber habe entschieden, dass diese die Eignungskriterien in den Punkten "Planung konventioneller Vortrieb", "Tunnelsicherheitskonzept Eisenbahntunnel", "Eisenbahntechnische Ausrüstung" sowie bezüglich weiterer Eignungskriterien nicht erfüllten.

Der von den beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen für den Fachbereich "Tunnelsicherheitskonzept" namhaft gemachte Konsulent Prof. Dr. G*** habe als Referenzprojekt die "Fortschreibung und teilweise weitere Entwicklung des bisherigen Tunnelsicherheitskonzeptes des Brenner

Basistunnels" angeführt, dieses entspreche nicht der gestellten Anforderung der vorliegenden Ausschreibung "Nachweis der Erstellung eines baulichen und organisatorischen Tunnelsicherheitskonzeptes für vergleichbare Großprojekte". Daher sei das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen wegen Nichterfüllung dieses Eignungskriteriums gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 und 8 BVergG auszuschneiden. Basistunnels" angeführt, dieses entspreche nicht der gestellten Anforderung der vorliegenden Ausschreibung "Nachweis der Erstellung eines baulichen und organisatorischen Tunnelsicherheitskonzeptes für vergleichbare Großprojekte". Daher sei das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen wegen Nichterfüllung dieses Eignungskriteriums gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und 8 BVergG auszuschneiden.

Eignungskriterium für die Bieter sei weiters, zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis zu erbringen, dass der Unternehmer vergleichbare Leistungen federführend innerhalb der letzten zehn Jahre erbracht habe (Kapitel A 2 Punkt 2.1.6.). Bezüglich des verantwortlichen fachtechnischen Schlüsselpersonals sei nachzuweisen, dass dieses bereits eigenverantwortlich den Fachbereich bei Großprojekten bearbeitet habe (Kapitel A 2 Punkt 2.1.6c). Für den unter Kapitel A 2 Punkt 2.1.6c (04) angeführten Fachbereich "Tunnelsicherheitskonzept" sei dieser Nachweis zu erbringen und als Referenzprojekt R19 in Kapitel H1.1 anzuführen. Daraus sowie aus Kapitel H1.1, Punkt 4.6 gehe hervor, dass ein vergleichbares Projekt, sohin ein Großprojekt, anzuführen sei. Gemäß Kapitel A 2, Punkt 2.3 seien Subunternehmer nicht zugelassen; der Auftrag sei mit eigenen Mitarbeitern, sowie im Wege freier Dienstverträge (Konsulentenverträge) mit natürlichen Personen lediglich für die Fachbereiche Tunnelsicherheitskonzept, Lüftung/Kühlung, Aerodynamik, Baubetrieb und eisenbahntechnische Ausrüstung, zu erfüllen. Kapitel A 2 Punkt 2.1.6. a, bestimme jedoch "Der Bieter/die Bietergemeinschaft (bei Bietergemeinschaften jenes Mitglied, das bei der Leistungsaufteilung den Hauptteil jenes Fachbereiches ausführt) muss nachweisen, dass er/sie bereits "(05)" ein bauliches und organisatorisches Tunnelsicherheitskonzept für einen Eisenbahntunnel) 5 km erarbeitet hat/haben". Der Auftraggeber sei der Ansicht, dass die beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen die Vorgabe von Kapitel A 2 Punkt 2.1.6. a (05) erfüllt habe und übersehen damit, dass demnach der Bieter/die Bietergemeinschaft das Eignungskriterium nachweisen müsste, nicht deren Schlüsselpersonal. Das bereits im Bereich Schlüsselpersonal bewertete Referenzprojekt Prof. Dr. G*** sei vom

Auftraggeber fälschlicherweise als Eignungskriterium der Bietergemeinschaft nochmals bewertet worden.

Entgegen dem Schreiben des Auftraggebers an die Bundes-Vergabekontrollkommission vom 13. Februar 2001, nach Angebotsöffnung seien keine allenfalls wettbewerbsverzerrenden Personalwechsel im Schlüsselpersonal zugelassen worden, sei davon auszugehen, dass ein Personalwechsel sehr wohl zugelassen wurde, wenngleich dieser nach Meinung des Auftraggebers nicht wettbewerbsverzerrend sei. Dies sei entsprechend den Vorschriften des Kapitels A 2 Punkt 2.1 der Ausschreibungsbedingungen unzulässig, weil die Nachweise zur Erfüllung der Eignungskriterien nicht verbesserbar seien. Eine Änderung des Schlüsselpersonals verstoße jedoch gleichfalls gegen den Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.

Bei der Bestbieterermittlung habe der Auftraggeber insofern rechtswidrig gehandelt, als er bei der Ermittlung des Bewertungsfaktors Technik (fTK), der für die Ermittlung des Nettopreises des Angebots der Antragstellerinnen herangezogen werde, die Erfahrung und Referenz gemäß Kapitel K in den Bereichen zu Punkt 01.02.05, 01.02.06 und 01.02.07 jeweils der Klasse "80%" zugeordnet und bewertet habe sowie im Bereich 03.01.02 "italienische Sprachkenntnisse" der Klasse "60%" und im Bereich 03.06.02 "Referenzprojekt R19" der Klasse "90%" zugeordnet. Damit habe der Auftraggeber den Anteil der Erstantragstellerin in der Höhe von 15%, der mit 100% zu bewerten gewesen wäre, übergangen, und fälschlicherweise den Arbeitsanteil des Konsulenten mit 100% statt 85% gewertet. Ebenso verhalte es sich im Bereich "Lüftung/Kühlung" sowie im Bereich "Erfahrung aerodynamische Studien". Obwohl

der Projektleiter nachweislich in der italienischen Sprache "verhandlungssicher in Wort und Schrift" sei und hiezu Referenzen vorgelegt habe, seien seine Sprachkenntnisse als sehr gut und somit mit 60% an Stelle der rechtmäßigerweise zu vergebenden 100% bewertet worden. Weiters sei

fälschlicherweise das Referenzprojekt R19 zu Position 03.06.02 der Antragstellerinnen als "inhaltlich und vom Umfang vergleichbar" und somit mit 90% bewertet worden. Da das vorgelegte Referenzprojekt "Gotthard Basistunnel" mit einer Länge von 57 km im Vergleich zum Brenner Basistunnel mit 54 km jedoch mit "inhaltlich und/oder Umfang komplexer" bewertet werden müsste, sei dieses mit 100% zu bewerten.

Im Falle des Entganges des Auftrages drohe den Antragstellerinnen ein Schaden aufgrund frustrierter Angebotslegung in der Höhe von ATS 1.404.570,-, sowie aufgrund der Vertretungskosten in der Höhe von ATS 352.000,-. Hinzu komme der entgangene Gewinn in der Höhe von mehr als 1 Million ATS. Der Entgang eines Referenzprojektes stelle einen Schaden von mehreren Millionen ATS dar.

In seiner Stellungnahme vom 27. März 2001 bestritt der Auftraggeber die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, da eine solche weder gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 2 BVergG gegeben sei, noch gemäß § 11 Abs. 1 Z 3 BVergG, da der Auftraggeber keine Unternehmung gemäß Art. 126 b Abs. 2 B-VG sei sowie die Beteiligung der Brenner Eisenbahn GmbH am Auftraggeber lediglich 50% betrage. Der Auftraggeber sei weder Körperschaft öffentlichen Rechts noch eine Selbstverwaltungskörperschaft des Bundes. Öffentlicher Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 1 Z 3 BVergG sei der Auftraggeber deshalb nicht, da aufgrund der finanziellen Parität keine überwiegende finanzielle Beteiligung des Bundes gegenüber den anderen Rechtsträgern vorliege. Unternehmung gemäß Art. 126 b Abs. 2 B-VG sei der Auftraggeber deshalb nicht, da er mangels direkter Bundesbeteiligung nicht der Rechnungshofkontrolle unterliege. In seiner Stellungnahme vom 27. März 2001 bestritt der Auftraggeber die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, da eine solche weder gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, 2, BVergG gegeben sei, noch gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, da der Auftraggeber keine Unternehmung gemäß Artikel 126, b Absatz 2, B-VG sei sowie die Beteiligung der Brenner Eisenbahn GmbH am Auftraggeber lediglich 50% betrage. Der Auftraggeber sei weder Körperschaft öffentlichen Rechts noch eine Selbstverwaltungskörperschaft des Bundes. Öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG sei der Auftraggeber deshalb nicht, da aufgrund der finanziellen Parität keine überwiegende finanzielle Beteiligung des Bundes gegenüber den anderen Rechtsträgern vorliege. Unternehmung gemäß Artikel 126, b Absatz 2, B-VG sei der Auftraggeber deshalb nicht, da er mangels direkter Bundesbeteiligung nicht der Rechnungshofkontrolle unterliege.

Schon aufgrund der Ausscheidung ihres Angebotes komme den Antragstellerinnen keine Antragslegitimation zu, weiters bestehe kein Interesse an der Erlassung einer weiteren einstweiligen Verfügung, da bereits eine solche erlassen sei. Das Vorbringen der Antragstellerinnen in inhaltlicher Hinsicht werde bestritten.

Der Brenner Basistunnel sei ein Projekt von europäischer Dimension und ebensolchem öffentlichen Interesse. Auftraggeber sei die "Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung Brenner Basistunnel (BBT EWIV)", die mit dem "Brenner Basistunnel EWIV - Vertrag" vom 1. November 1999 zwischen der Brenner Eisenbahn GmbH mit Sitz in Innsbruck sowie der Ferrovie dello Stato-Società di Trasporti e Servizi per Azioni mit Sitz in Rom gegründet worden sei. Die Gründung des Auftraggebers beruhe auf einer Übereinkunft der Verkehrsminister der drei beteiligten Staaten vom 2. Juni 1994, der sich am 21. November 1994 das für Verkehr zuständige Mitglied der Europäischen Kommission angeschlossen habe. Mit Novelle zur BE-Ü-VO, BGBl II Nr. 423/1999, sei der Brenner Eisenbahn GmbH gemäß § 1 Abs. 1 lit. b unter anderem die Durchführung vorbereitender Maßnahmen zur umfassenden Planung des Baus und die Grundsatzplanung des Hochleistungsstreckenteils Raum Innsbruck - Staatsgrenze am Brenner (Brennerbasistunnel) als Mitglied einer Europäischen wirtschaftlichen Interessensvereinigung mit einem Planungszeitraum von zwei Jahren und einem Planungskostenrahmen von ATS 115 Millionen übertragen worden; eine gleiche gesetzliche Grundlage bestehe für den italienischen Partner des Auftraggebers. Der vorgenannte Planungszeitraum ende 2001. Der Leistungsinhalt des Vergabeverfahrens, die "technische Projektaufbereitung", bilde die Grundlage des Zwischenberichts in der ersten Projektphase und diene als Entscheidungsgrundlage im Sinne der BE-Ü-VO für die Verkehrsminister der beteiligten Staaten sowie das für Verkehr zuständige Mitglied der Europäischen Kommission für die weitere Projektrealisierung. Die Planungsleistungen seien "zeitkritisch", jede Behinderung im Vergabeverfahren oder Leistungsabwicklung führe zu einem Verzug in der Fertigstellung des Zwischenberichts. Die Ausschreibung habe eine Leistungsfrist von Anfang Februar 2001 bis Mitte November 2001 vorgesehen und für den Zeitraum zwischen Mitte November 2001 und Weihnachten 2001 seien Endredaktion und Freigabe des Zwischenberichts vorgesehen gewesen. Trotz der zeitlichen

Verzögerung auf Grund des Schlichtungsersuchens eines anderen Bieters, wobei die Bundes-Vergabekontrollkommission dem Auftraggeber rechtskonformes Verhalten attestiert habe, sei ein Leistungsbeginn am 14. Februar 2001 sichergestellt und im Endeffekt eine termingerechte Vorlage des Zwischenberichts möglich gewesen. Das durch die Antragstellerinnen im Nachprüfungsverfahren am 12. Februar 2001 eingeleitete Schlichtungsverfahren hätte möglicherweise noch einen termingerechten Leistungsauftrag zugelassen. Dies sei aufgrund der im Nachprüfungsverfahren N-32/01 erlassenen einstweiligen Verfügung nicht mehr möglich. Eine Leistungsabwicklung nach Ende 2001 sei durch die derzeit gültige BE-Ü-VO weder terminlich noch kostenmäßig gedeckt. Eine Zuschlagserteilung mit einer Ausführungsfrist nach dem verordneten Planungszeitrahmen sei ohne rechtliche Grundlage. Die erforderliche Erstreckung des Planungszeitrahmens durch eine Novellierung der BE-ÜVO erfordere einen Zeitrahmen von mehreren Monaten. Als Voraussetzung für eine Zuschlagserteilung werde derzeit eine Novellierung dieser Verordnung vorbereitet. Der Brenner Basistunnel sei ein Projekt von europäischer Dimension und ebensolchem öffentlichen Interesse. Auftraggeber sei die "Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung Brenner Basistunnel (BBT EWIV)", die mit dem "Brenner Basistunnel EWIV - Vertrag" vom 1. November 1999 zwischen der Brenner Eisenbahn GmbH mit Sitz in Innsbruck sowie der Ferrovie dello Stato-Società di Trasporti e Servizi per Azioni mit Sitz in Rom gegründet worden sei. Die Gründung des Auftraggebers beruhe auf einer Übereinkunft der Verkehrsminister der drei beteiligten Staaten vom 2. Juni 1994, der sich am 21. November 1994 das für Verkehr zuständige Mitglied der Europäischen Kommission angeschlossen habe. Mit Novelle zur BE-Ü-VO, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 423 aus 1999,, sei der Brenner Eisenbahn GmbH gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Litera b, unter anderem die Durchführung vorbereitender Maßnahmen zur umfassenden Planung des Baus und die Grundsatzplanung des Hochleistungsstreckenteils Raum Innsbruck - Staatsgrenze am Brenner (Brennerbasistunnel) als Mitglied einer Europäischen wirtschaftlichen Interessensvereinigung mit einem Planungszeitraum von zwei Jahren und einem Planungskostenrahmen von ATS 115 Millionen übertragen worden; eine gleiche gesetzliche Grundlage bestehe für den italienischen Partner des Auftraggebers. Der vorgenannte Planungszeitrahmen ende 2001. Der Leistungsinhalt des Vergabeverfahrens, die "technische Projektaufbereitung", bilde die Grundlage des Zwischenberichts in der ersten Projektphase und diene als Entscheidungsgrundlage im Sinne der BE-Ü-VO für die Verkehrsminister der beteiligten Staaten sowie das für Verkehr zuständige Mitglied der Europäischen Kommission für die weitere Projektrealisierung. Die Planungsleistungen seien "zeitkritisch", jede Behinderung im Vergabeverfahren oder Leistungsabwicklung führe zu einem Verzug in der Fertigstellung des Zwischenberichts. Die Ausschreibung habe eine Leistungsfrist von Anfang Februar 2001 bis Mitte November 2001 vorgesehen und für den Zeitraum zwischen Mitte November 2001 und Weihnachten 2001 seien Endredaktion und Freigabe des Zwischenberichts vorgesehen gewesen. Trotz der zeitlichen Verzögerung auf Grund des Schlichtungsersuchens eines anderen Bieters, wobei die Bundes-Vergabekontrollkommission dem Auftraggeber rechtskonformes Verhalten attestiert habe, sei ein Leistungsbeginn am 14. Februar 2001 sichergestellt und im Endeffekt eine termingerechte Vorlage des Zwischenberichts möglich gewesen. Das durch die Antragstellerinnen im Nachprüfungsverfahren am 12. Februar 2001 eingeleitete Schlichtungsverfahren hätte möglicherweise noch einen termingerechten Leistungsauftrag zugelassen. Dies sei aufgrund der im Nachprüfungsverfahren N-32/01 erlassenen einstweiligen Verfügung nicht mehr möglich. Eine Leistungsabwicklung nach Ende 2001 sei durch die derzeit gültige BE-Ü-VO weder terminlich noch kostenmäßig gedeckt. Eine Zuschlagserteilung mit einer Ausführungsfrist nach dem verordneten Planungszeitrahmen sei ohne rechtliche Grundlage. Die erforderliche Erstreckung des Planungszeitrahmens durch eine Novellierung der BE-ÜVO erfordere einen Zeitrahmen von mehreren Monaten. Als Voraussetzung für eine Zuschlagserteilung werde derzeit eine Novellierung dieser Verordnung vorbereitet.

Somit erfordere schon die termingetreue Erfüllung internationaler Vereinbarungen und die Einhaltung des vom Gesetzgeber verordneten Planungszeitrahmens die Fortführung des Vergabeverfahrens. Auch in Anbetracht der Diskussion zur alpenquerenden Gütertransitentwicklung und der jüngsten Empfehlungen des EuGH zur Transitproblematik über den Brenner stünde eine Verzögerung des mit der BE-Ü-VO eingeleiteten Entscheidungsprozesses zur Realisierung des Brenner Basistunnels im Widerspruch zu den öffentlichen Interessen Österreichs.

Finanzieller Schaden erwachse dem Auftraggeber durch die erforderliche Novellierung der BE/ÜVO und dem dadurch verlängerten Bestand des Auftraggebers, der zusätzliche zeitgebundene Kosten mit sich bringe, diese betrügen pro Monat ATS 1.900.000, die von seinen Partnern aufzubringen seien. Weiters seien Kosten in der Höhe von mindestens

ATS 1,400.000 zu erwarten, da ein Verzug in der Zwischenberichtsverfassung schwerwiegende Auswirkungen auf bereits bestehende oder noch beabsichtigte Bau- und Dienstleistungsaufträge habe, weil die Ergebnisse aus diesen Aufträgen in die Entscheidungsgrundlagen des Zwischenberichts zu integrieren und teilweise mit den dortigen Auftragnehmern abzustimmen und zu homogenisieren seien.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Aufgrund der Aktenlage in den Nachprüfungsverfahren N-32/01, N-39/01 und N-40/01 sowie den Schlichtungsverfahren S-20/01 sowie S-37/01 und dem Parteivorbringen hat der Senat folgenden entscheidungsrelevanten Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin ist eine EWIV, die im Firmenbuch des LG Innsbruck zu FN 188870a eingetragen ist. Die Kapitaleinlagen der Brenner Eisenbahn GmbH und der Ferrovie dello Stato S.p.A. betragen je EUR 255.000,-. An der Brenner Eisenbahn GmbH ist die Republik Österreich zu 100% beteiligt (siehe vorgelegte Firmenbuchauszüge durch die Antragsgegnerin im Verfahren N- 32/01; Blg. /1 und ./2 zum Schriftsatz vom 12.3.2001).

Mit Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, abgesandt am 6. November 2000, schrieb die "Brenner Basistunnel EWIV" unter dem Aktenzeichen AP006 die Vorprojektsplanung für den Brenner Basistunnel, bestehend aus Gesamtsystem- und Tunnelplanung, Aerodynamischen Untersuchungen, Konzeptplanung zur Tunnelsicherheit, baubetriebliche Konzeptplanung und Ausarbeitung des UVE-Konzepts, im offenen Verfahren aus.

Am 21. Dezember 2000 legten die beabsichtigten

Zuschlagsempfängerinnen ein Angebot mit einem Nettopreis von 1,402.380,47 EURO für die Leistungsteile ohne Optionen sowie einem Nettopreis von 521.424,51 EURO für die Optionen. Am 21. Dezember 2000 legten die Antragstellerinnen ein Angebot mit einem Nettopreis von 1,649.693,55 EURO für die Leistungsteile ohne Optionen sowie einem Nettopreis von 897.433,14 EURO für die Optionen.

Mit Schreiben vom 31. Januar 2001 gab der Auftraggeber den Antragstellerinnen die beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen bekannt.

Auf Antrag der Antragstellerinnen in gegenständlichem Nachprüfungsverfahren untersagte das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 6. März 2001, GZ N-32/01-6, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerinnen, längstens jedoch bis zum 26. April 2001.

1. 3.Ziffer 3

In rechtlicher Hinsicht:

Der Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv § 3 Abs. 1 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vergabeverfahrens wurde vom Auftraggeber mit ca. 1,800.000 EURO (ohne USt.) angegeben und übersteigt somit den gemäß § 7 Abs. 1 BVergG geforderten Schwellenwert von mindestens 200.000 EURO bei weitem. Der Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Da der Zuschlag laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. Februar 2001 noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 113 Abs. 2 BVergG in Verbindung mit § 115 Abs. 2 BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig. Der Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSv Paragraph 3, Absatz eins, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vergabeverfahrens wurde vom Auftraggeber mit ca. 1,800.000 EURO (ohne USt.) angegeben und übersteigt somit den gemäß Paragraph 7, Absatz eins, BVergG geforderten Schwellenwert von mindestens 200.000 EURO bei weitem. Der Auftrag fällt somit in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Da der Zuschlag laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 28. Februar 2001 noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 115, Absatz 2, BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Die von der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27. März 2001 erhobene "Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes" ist nicht berechtigt. Ganz abgesehen davon, dass in Kapitel A 1 Pkt 2 der Ausschreibungsunterlagen ausgeführt wird, die Vergabe der Leistungen erfolge nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, übersieht die Antragsgegnerin den Schlusssatz zu Art. 126 b Abs. 2 B-VG. Unterliegt die Antragsgegnerin aber der Kontrolle des Rechnungshofes, folgt die inländische Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bei richtlinienkonformer Auslegung schon aus Anlage 1 zu Anhang XVI zu Art. 63 EWRV (Gutknecht in FS Rill 464, Fischer/Köck Europarecht 3 545, RV 972 Blg. NR 18. GP A- Allgemeiner Teil, Punkt 5.4 - S 48 f). Die von der

Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27. März 2001 erhobene "Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Bundesvergabebeamtes" ist nicht berechtigt. Ganz abgesehen davon, dass in Kapitel A 1 Pkt 2 der Ausschreibungsunterlagen ausgeführt wird, die Vergabe der Leistungen erfolge nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes, übersieht die Antragsgegnerin den Schlusssatz zu Artikel 126, b Absatz 2, B-VG. Unterliegt die Antragsgegnerin aber der Kontrolle des Rechnungshofes, folgt die inländische Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes bei richtlinienkonformer Auslegung schon aus Anlage 1 zu Anhang römisch sechzehn zu Artikel 63, EWRV (Gutknecht in FS Rill 464, Fischer/Köck Europarecht³ 545, Regierungsvorlage 972 Blg. NR 18. Gesetzgebungsperiode A- Allgemeiner Teil, Punkt 5.4 - S 48 f).

Da der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung mit Anträgen auf Nichtigerklärung verbunden wurde, liegt auch ein das Nachprüfungsverfahren einleitender Antrag auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen vor, sodass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 116 Abs. 1 BVergG zulässig ist. Da der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung mit Anträgen auf Nichtigerklärung verbunden wurde, liegt auch ein das Nachprüfungsverfahren einleitender Antrag auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen vor, sodass der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG zulässig ist.

Gemäß § 116 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 § 116 Abs. 3 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 § 116 Abs. 4 BVergG können mit einstweiliger 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 116, 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 116, Absatz 3, 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 116, Absatz 4, BVergG können mit einstweiliger Verfügung das gesamte Vergabeverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Zur neuerlichen Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist festzuhalten, dass weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Materialien zum Bundesvergabegesetz 1993 (RV 972 BlgNR 47, 69f, 18. GP) eine solche ausdrücklich ausschließen. Zwar ist aus der Systematik des Gesetzes zu erschließen, dass die Geltungsdauer einer einstweiligen Verfügung mit maximal zwei Monaten (vgl. § 116 Abs. 5 BVergG) mit der zweimonatigen Entscheidungsfrist gemäß § 118 Abs. 2 korreliert. Doch ist damit nichts darüber gesagt, was gelten soll, wenn die Entscheidung in der Hauptsache nicht innerhalb dieser Entscheidungsfrist ergehen kann. Es würde den Zielsetzungen effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen, wenn das Nichtentscheiden der Behörde innerhalb der Entscheidungsfrist zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden gehen würde. Gerade aus den Materialien zur Novelle 1996 ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung die Entscheidung in der Hauptsache absichern soll, wird doch dort ausdrücklich ausgeführt, dass "eine Erstreckung der Geltung der einstweiligen Verfügung auf den Zeitraum, innerhalb dessen das Bundesvergabeamt zu entscheiden hat, aus Gründen des Rechtsschutzes zweckmäßig erscheint" (RV 323 BlgNR 102, 20. GP). Zur neuerlichen Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist festzuhalten, dass weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Materialien zum Bundesvergabegesetz 1993 Regierungsvorlage 972 BlgNR 47, 69f, 18. Gesetzgebungsperiode eine solche ausdrücklich ausschließen. Zwar ist aus der Systematik des Gesetzes zu erschließen, dass die Geltungsdauer einer

einstweiligen Verfügung mit maximal zwei Monaten vergleiche Paragraph 116, Absatz 5, BVergG) mit der zweimonatigen Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 118, Absatz 2, korreliert. Doch ist damit nichts darüber gesagt, was gelten soll, wenn die Entscheidung in der Hauptsache nicht innerhalb dieser Entscheidungsfrist ergehen kann. Es würde den Zielsetzungen effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen, wenn das Nichtentscheiden der Behörde innerhalb der Entscheidungsfrist zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden gehen würde. Gerade aus den Materialien zur Novelle 1996 ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung die Entscheidung in der Hauptsache absichern soll, wird doch dort ausdrücklich ausgeführt, dass "eine Erstreckung der Geltung der einstweiligen Verfügung auf den Zeitraum, innerhalb dessen das Bundesvergabeamt zu entscheiden hat, aus Gründen des Rechtsschutzes zweckmäßig erscheint" Regierungsvorlage 323 BlgNR 102, 20. GP).

Schließt nun das Gesetz die neuerliche Erlassung einer einstweiligen Verfügung für den Fall, dass eine Entscheidung in der Hauptsache nicht innerhalb der behördlichen Entscheidungsfrist ergeht, nicht ausdrücklich aus, so muss bei der Prüfung der Zulässigkeit der Erlassung einer solchen neuerlichen einstweiligen Verfügung der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation den Ausschlag geben. Der EuGH hat nun bereits mehrfach ausgesprochen, dass innerstaatliche Bestimmungen, die die Modalitäten der Durchsetzung eines gemeinschaftsrechtlichen Anspruches regeln, also den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten sollen, nicht ungünstiger gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Verfahren, die das innerstaatliche Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Grundsatz der Effektivität, vgl. dazu EuGH Rs 312/93 "Peterbroeck", EuGH Rs 430/93 "Van Schijndel", EuGH Rs 120/97 "Upjohn Ltd", EuGH Rs 48/98 "Soehl & Soehlke"). Schließt nun das Gesetz die neuerliche Erlassung einer einstweiligen Verfügung für den Fall, dass eine Entscheidung in der Hauptsache nicht innerhalb der behördlichen Entscheidungsfrist ergeht, nicht ausdrücklich aus, so muss bei der Prüfung der Zulässigkeit der Erlassung einer solchen neuerlichen einstweiligen Verfügung der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation den Ausschlag geben. Der EuGH hat nun bereits mehrfach ausgesprochen, dass innerstaatliche Bestimmungen, die die Modalitäten der Durchsetzung eines gemeinschaftsrechtlichen Anspruches regeln, also den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten sollen, nicht ungünstiger gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Verfahren, die das innerstaatliche Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Grundsatz der Effektivität, vergleiche dazu EuGH Rs 312/93 "Peterbroeck", EuGH Rs 430/93 "Van Schijndel", EuGH Rs 120/97 "Upjohn Ltd", EuGH Rs 48/98 "Soehl & Soehlke").

Eine absolute zeitliche Begrenzung der gesamten Geltungsdauer von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes - unabhängig von der inhaltlichen Prüfung ihrer Voraussetzungen - findet sich sonst nirgendwo in der innerstaatlichen Rechtsordnung und wäre eine solche Begrenzung bei dem der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG dienenden Bundesvergabegesetz daher diskriminierend. Darüberhinaus würde eine solche zeitliche Begrenzung auch eine unverhältnismäßige Erschwerung der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts darstellen, da ja die Verhältnismäßigkeit der begehrten Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes ohnehin gemäß § 116 Abs. 4 BVergG Voraussetzung für deren Erlassung ist. Eine absolute zeitliche Begrenzung der gesamten Geltungsdauer von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes - unabhängig von der inhaltlichen Prüfung ihrer Voraussetzungen - findet sich sonst nirgendwo in der innerstaatlichen Rechtsordnung und wäre eine solche Begrenzung bei dem der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG dienenden Bundesvergabegesetz daher diskriminierend. Darüberhinaus würde eine solche zeitliche Begrenzung auch eine unverhältnismäßige Erschwerung der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts darstellen, da ja die Verhältnismäßigkeit der begehrten Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes ohnehin gemäß Paragraph 116, Absatz 4, BVergG Voraussetzung für deren Erlassung ist.

Im Sinne der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation des Bundesvergabegesetzes ist daher davon auszugehen, dass eine nochmalige Beantragung einer einstweiligen Verfügung während der Dauer des anhängigen Nachprüfungsverfahrens bis zur Entscheidung in der Hauptsache - jedoch jeweils mit einer maximalen Geltungsdauer der beantragten einzelnen Maßnahme von maximal zwei Monaten - zulässig ist.

Die Antragstellerinnen haben die Rechtswidrigkeit von Ausschreibungsbestimmungen, der Eignungsprüfung der beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen, der Ausscheidung der Antragstellerinnen sowie der Bestbieterermittlung behauptet. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf die

aufgeworfenen Fragen nicht denkunmöglich.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe an die beabsichtigten Zuschlagsempfängerinnen beabsichtigt ist, diese aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerinnen rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerinnen für den Zuschlag in Betracht kommen würde, droht den Antragstellerinnen durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, weil 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 Antragstellerinnen ermöglicht.

In Ansehung des von den Antragstellerinnen geltend gemachten Schadens ist davon auszugehen, dass hievon nicht nur der gemäß § 122 BVergG einklagbare Schaden umfasst ist, sondern auch ein entgangener Gewinn, weil § 116 Abs. 3 BVergG den vom Bieter geltend zu machenden Schaden keinen Einschränkungen unterwirft. Nicht geltend gemacht werden kann im Gegensatz dazu der Verlust eines Referenzprojektes, weil die Bescheinigung eines solchen nicht möglich ist. Ein solcher darf jedoch auch nicht völlig außer Betracht bleiben, zumal er zum Gegenstand eines künftigen Feststellungsbegehrens bei den ordentlichen Gerichten gemacht werden kann; somit kommt auch ihm schadenersatzrechtlicher Stellenwert zu. Die Kosten der Rechtsvertretung hingegen können nicht als Schaden geltend gemacht werden. Somit ist entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerinnen in gegenständlichem Nachprüfungsantrag sowie deren Aufschlüsselung vom 28. Februar 2001 von einem bescheinigten drohenden Schaden für die Antragstellerin von über ATS 2,400.000,-- auszugehen. In Ansehung des von den Antragstellerinnen geltend gemachten Schadens ist davon auszugehen, dass hievon nicht nur der gemäß Paragraph 122, BVergG einklagbare Schaden umfasst ist, sondern auch ein entgangener Gewinn, weil Paragraph 116, Absatz 3, BVergG den vom Bieter geltend zu machenden Schaden keinen Einschränkungen unterwirft. Nicht geltend gemacht werden kann im Gegensatz dazu der Verlust eines Referenzprojektes, weil die Bescheinigung eines solchen nicht möglich ist. Ein solcher darf jedoch auch nicht völlig außer Betracht bleiben, zumal er zum Gegenstand eines künftigen Feststellungsbegehrens bei den ordentlichen Gerichten gemacht werden kann; somit kommt auch ihm schadenersatzrechtlicher Stellenwert zu. Die Kosten der Rechtsvertretung hingegen können nicht als Schaden geltend gemacht werden. Somit ist entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerinnen in gegenständlichem Nachprüfungsantrag sowie deren Aufschlüsselung vom 28. Februar 2001 von einem bescheinigten drohenden Schaden für die Antragstellerin von über ATS 2,400.000,-- auszugehen.

Zu dem vom Auftraggeber geltend gemachten Schaden ist festzuhalten, dass die von ihm - für den Fall, dass sich der Planungszeitraum für das Jahr 2001 darüber hinaus erstrecken müsste - als notwendig dargestellte Änderung der BE-Ü-VO ohne weiteres möglich ist. Daher erscheint der Schaden, der sich aus der Notwendigkeit, den Auftrag nach dem Jahr 2001 durchzuführen, nicht plausibel und ist als nicht bescheinigt anzusehen. Darüberhinaus wurden die vom Auftraggeber vorgebrachten zeitgebundenen Kosten im Falle einer verzögerten Berichterstellung nicht bescheinigt, ebensowenig die Auswirkungen auf andere Bau- und Dienstleistungsaufträge. Da ein öffentlicher Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens zu rechnen und dieses in seine zeitliche Planung einzubeziehen hat, ist die durch den Bescheid vom 6. März 2001 bewirkte Verzögerung der Zuschlagserteilung gering zu bewerten, und ist aus diesem Grund ein besonderes öffentliches Interesse, das gegen die Nichterteilung des Zuschlages gerade für die Dauer von zwei Monaten spricht, zu verneinen. Weiters ist zu berücksichtigen, dass durch die beantragte einstweilige Verfügung die Zuschlagserteilung lediglich einen Monat länger untersagt wird als durch die mit Bescheid vom 6. März erlassene einstweilige Verfügung.

Daher reicht der durch die Verzögerung der Vergabe drohende Nachteil nicht aus, um ein Überwiegen der nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbots zu bewirken. Da somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung nicht gegeben ist, hat das Bundesvergabeamt spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Geltungsbereich, persönlicher, öffentlicher Auftraggeber, Brenner Basistunnel EWIV, Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsauftrag, technische Projektaufbereitung, Nachprüfungsverfahren, einstweilige Verfügung, nochmalige Beantragung einer einstweiligen Verfügung, Grundsatz der Gleichwertigkeit, Grundsatz der Effektivität, Einstweilige Verfügung, Möglichkeit der Rechtsverletzung, Möglichkeit des Schadeneintritts, Bescheinigungslast, nicht

denkumögliche rechtswidrige Bestbieterermittlung, Einstweilige Verfügung, Schaden, Schadenersatz, entgangener Gewinn, Verlust eines Referenzprojektes, Kosten der Rechtsvertretung, Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, öffentliches Interesse, Novelle zur BE-Ü- VO, Verzögerung des Vergabeverfahrens;

Dokumentnummer

VERGT_20010423_N_40_01_10_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