

TE Bvwg Beschluss 2015/2/18 W139 2100650-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.02.2015

Entscheidungsdatum

18.02.2015

Norm

BVergG 2006 §131 Abs1
BVergG 2006 §164
BVergG 2006 §174
BVergG 2006 §180 Abs1 Z2
BVergG 2006 §2 Z16 lita
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §231
BVergG 2006 §268 Abs3
BVergG 2006 §269 Abs3
BVergG 2006 §272 Abs1
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z1
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §326
BVergG 2006 §328 Abs1
BVergG 2006 §328 Abs2
BVergG 2006 §328 Abs3
BVergG 2006 §328 Abs4
BVergG 2006 §329 Abs1
BVergG 2006 §329 Abs3
BVergG 2006 §329 Abs4
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §6
BVergG 2006 §69 Z1
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 326 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W139 2100650-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Semmering-Basistunnel Neu, Bauabschnitt Tunnel Gloggnitz, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus XXXX, vertreten durch MMAg. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, vom 11.02.2015 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, Absatz eins, BVergG durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Einzelrichterin im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Semmering-Basistunnel Neu, Bauabschnitt Tunnel Gloggnitz, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz" der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft, Praterstern 3, 1020 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus römisch 40, vertreten durch MMAg. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, vom 11.02.2015 beschlossen:

SPRUCH

Der Antrag, das "Bundesverwaltungsgericht möge folgende Einstweilige Verfügung erlassen: „Der ÖBB-Infrastruktur AG ist es bei sonstiger Exekution untersagt, bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über die in Punkt 1.6 bezeichneten Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidung unseres Angebotes vom 2.2.2015 (Beilage./A) den Zuschlag im Vergabeverfahren „Semmering-Basistunnel Neu, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047' zu erteilen" wird abgewiesen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 11.02.2015 das im Spruch ersichtliche Begehren und beantragte darüber hinaus die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung vom 02.02.2015.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen folgendes aus:

Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um die Vergabe eines Bauauftrags im Oberschwellenbereich nach den Regelungen des BVergG für das Baulos SPT1.1-Tunnel Gloggnitz im Rahmen des Projekts "Semmering-Basistunnel Neu". Wesentlicher Leistungsgegenstand sei hierbei die Errichtung zweier eingleisiger Streckenröhren. Auftraggeberin sei die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese sei eine Sektorenauftraggeberin gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 iVm § 164 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um die Vergabe eines Bauauftrags im Oberschwellenbereich nach den

Regelungen des BVergG für das Baulos SPT1.1-Tunnel Gloggnitz im Rahmen des Projekts "Semmering-Basistunnel Neu". Wesentlicher Leistungsgegenstand sei hierbei die Errichtung zweier eingleisiger Streckenröhren. Auftraggeberin sei die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese sei eine Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 164, BVergG.

Ein Mitglied der Bietergemeinschaft, die XXXX, habe einen gegen die Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrag eingebracht. Da die Bedenken durch die 8. Nachsendung bereinigt werden konnten, habe sie diesen Nachprüfungsantrag zurückgezogen. Ein Mitglied der Bietergemeinschaft, die römisch 40, habe einen gegen die Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrag eingebracht. Da die Bedenken durch die 8. Nachsendung bereinigt werden konnten, habe sie diesen Nachprüfungsantrag zurückgezogen.

Die Antragstellerin habe sich gemeinsam mit den ihr verbundenen Unternehmen und zuständigen Partnern am Vergabeverfahren beteiligt. Angefochten werde die ihr am 02.02.2015 übermittelte Ausscheidensentscheidung. Begründet werde diese damit, dass die Antragstellerin ein unvollständiges sowie den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt habe, trotz Nachreichung vom 24.12.2014 die Erfüllung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht in ausreichendem Maße nachgewiesen habe und die Aufklärung betreffend die Bohrgeschwindigkeit einer nachvollziehbaren Begründung entbehre.

Diese Ausscheidensentscheidung sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Die Vorgangsweise der Auftraggeberin bei der Angebotsprüfung verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, was letztlich auch durch den EuGH in der Rechtssache C-100/12, Fastweb, zum Ausdruck komme. Die Auftraggeberin beabsichtige offenbar mit unterschiedlichem Maß das Angebot der Antragstellerin und das Angebot des preislich erstgereihten Bieters zu messen, um ein Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung zugunsten des preislich Erstgereihten, insbesondere zur Frage, ob dieser ausschreibungskonform zuschlagsrelevante Entladestationen angeboten habe, zu vermeiden.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin habe die Antragstellerin die Bauzeittabellen nicht unvollständig ausgefüllt. Es sei zwar richtig, dass in den betreffenden (fünf von insgesamt 700 auszufüllenden) Zellen der Tabellen keine Werte eingefügt worden seien, da für die damit in Verbindung stehenden Leistungen keine zusätzliche Zeit benötigt werde, was über gleichartige Projekte nachgewiesen werden könne. Die Gesamtbauzeit werde durch diese fünf Tätigkeiten nicht berührt, die ausgewiesene Gesamtbauzeit sei richtig, da die Bauzeittabelle eine leere Zeile wie "0" berechne. Es liege somit kein Mangel vor, da eine Zeit, die nicht benötigt werde, in der Addition auch keine zusätzliche Zeit ergebe und das Angebot somit inhaltlich und rechnerisch richtig sei. Vor allem habe auch keine Möglichkeit bestanden, den Wert "0" einzusetzen, dies hätte zu einer Fehlermeldung geführt. Jeder positive Wert wäre inhaltlich falsch gewesen, was auch die gebotene Überprüfung der Formeln und Verknüpfungen ergeben habe. Dies ergebe sich auch aus den Mustertabellen der Auftraggeberin, wonach diese selbst markierte Zellen unausgefüllt gelassen habe. Das Nichteintragen eines Wertes in die Bauzeittabellen sei demnach zulässig, wenn die Gesamtbauzeit hiervon nicht berührt werde. Selbst wenn entgegen der Ansicht der Antragstellerin von einem Mangel auszugehen sei, dann sei dieser behebbar, da sich die angebotenen Preise und damit das Entgelt, sowie die Bauzeiten und die Gesamtbauzeit durch die Eintragung des Wertes "0" nicht ändern würden. Es käme zu keiner materiellen Änderung des Angebotes. Die Auftraggeberin habe aber der Antragstellerin keine Möglichkeit zur Mängelhebung gegeben. Auch liege kein Ausschreibungswiderspruch vor, da fehlende Angaben wie im gegenständlichen Fall nur als Unvollständigkeit nicht aber gleichzeitig auch als Widerspruch zu werten seien.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin sei auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in Bezug auf den geforderten Umsatz im Untertagebau von zumindest EUR 100.000,-- je Geschäftsjahr gegeben. Unter Berücksichtigung der von der Subunternehmerin XXXX, welche für die gegenständliche Leistung die solidarische Haftung übernommen habe, genannten Umsätze in Zusammenhang mit dem XXXX würde dieser sogar übererfüllt. Die Auftraggeberin setze sich aber bei ihrer an die ÖNORM B 2203-1 angelehnten Auslegung des Begriffes "Untertagebau" über die von ihr selbst unter Teil 3.2.1. "technische Vorbemerkungen" gewählte Definition hinweg. Die Auftraggeberin habe in den Ausschreibungsunterlagen weder auf die ÖNORM B 2203-1 noch auf die standardisierte Leistungsbeschreibung "Verkehrsinfrastruktur" verwiesen. Auch die an Sinn und Zweck der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit orientierte Auslegung des Begriffes "Untertagebau" ergebe, dass auch die Umsätze des Innenausbaus eines Tunnels als geeigneter Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit heranzuziehen seien. Eine Differenzierung nach der Art der zu erbringenden Leistungen möge im Hinblick auf die Beurteilung der technischen

Leistungsfähigkeit relevant sein. Hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit genüge aber ein Nachweis des spartenspezifischen Umsatzes allgemein für Untertage erbrachte Leistungen. Im Hinblick auf die gemäß § 231 BVergG geforderte Bezugnahme auf den Leistungsgegenstand sei zumindest in Bezug auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von einem weiten Begriffsverständnis "Untertagebau" auszugehen. Entgegen der nunmehr nachträglichen Differenzierung in "Untertagebau mit und ohne Innenausbau des Tunnels" hätte die Auftraggeberin zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch die von der XXXX nachweislich Untertage erbrachten Leistungen wie zB Gewerke Fahrbahn, Stromversorgung 50Hz, Kabelanlagen, Fahrstrom 16,7Hz, Telekommunikation sowie Sicherungsanlagen mitberücksichtigen müssen. Entgegen dem Vorwurf der Auftraggeberin habe die Antragstellerin auch die Eigenumsätze der XXXX mit Schreiben vom 24.12.2014 nachvollziehbar dargelegt und eine Auftraggeberbestätigung vorgelegt, der im Detail alle Leistungen zu entnehmen gewesen seien. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin auch nicht deren unrichtige Auslegung des Begriffes "Umsatz im Untertagebau" vorgehalten. Hätte sie dies getan, hätte die Antragstellerin die Eigenumsätze der XXXX wie auch ihre eigenen Umsätze, die zumindest teilweise "Umsätze im Untertagebau" iSd Verständnisses der Auftraggeberin umfassen, und damit das Erreichen des spartenspezifischen Umsatzes von EUR 100.000,- in den vergangenen drei Geschäftsjahren darlegen können. Entgegen der Ansicht der Auftraggeberin sei auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in Bezug auf den geforderten Umsatz im Untertagebau von zumindest EUR 100.000,- je Geschäftsjahr gegeben. Unter Berücksichtigung der von der Subunternehmerin römisch 40, welche für die gegenständliche Leistung die solidarische Haftung übernommen habe, genannten Umsätze in Zusammenhang mit dem römisch 40 würde dieser sogar übererfüllt. Die Auftraggeberin setze sich aber bei ihrer an die ÖNORM B 2203-1 angelehnten Auslegung des Begriffes "Untertagebau" über die von ihr selbst unter Teil 3.2.1. "technische Vorbemerkungen" gewählte Definition hinweg. Die Auftraggeberin habe in den Ausschreibungsunterlagen weder auf die ÖNORM B 2203-1 noch auf die standardisierte Leistungsbeschreibung "Verkehrsinfrastruktur" verwiesen. Auch die an Sinn und Zweck der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit orientierte Auslegung des Begriffes "Untertagebau" ergebe, dass auch die Umsätze des Innenausbaus eines Tunnels als geeigneter Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit heranzuziehen seien. Eine Differenzierung nach der Art der zu erbringenden Leistungen möge im Hinblick auf die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit relevant sein. Hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit genüge aber ein Nachweis des spartenspezifischen Umsatzes allgemein für Untertage erbrachte Leistungen. Im Hinblick auf die gemäß Paragraph 231, BVergG geforderte Bezugnahme auf den Leistungsgegenstand sei zumindest in Bezug auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von einem weiten Begriffsverständnis "Untertagebau" auszugehen. Entgegen der nunmehr nachträglichen Differenzierung in "Untertagebau mit und ohne Innenausbau des Tunnels" hätte die Auftraggeberin zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch die von der römisch 40 nachweislich Untertage erbrachten Leistungen wie zB Gewerke Fahrbahn, Stromversorgung 50Hz, Kabelanlagen, Fahrstrom 16,7Hz, Telekommunikation sowie Sicherungsanlagen mitberücksichtigen müssen. Entgegen dem Vorwurf der Auftraggeberin habe die Antragstellerin auch die Eigenumsätze der römisch 40 mit Schreiben vom 24.12.2014 nachvollziehbar dargelegt und eine Auftraggeberbestätigung vorgelegt, der im Detail alle Leistungen zu entnehmen gewesen seien. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin auch nicht deren unrichtige Auslegung des Begriffes "Umsatz im Untertagebau" vorgehalten. Hätte sie dies getan, hätte die Antragstellerin die Eigenumsätze der römisch 40 wie auch ihre eigenen Umsätze, die zumindest teilweise "Umsätze im Untertagebau" iSd Verständnisses der Auftraggeberin umfassen, und damit das Erreichen des spartenspezifischen Umsatzes von EUR 100.000,- in den vergangenen drei Geschäftsjahren darlegen können.

Hinsichtlich des Themas der Bohrgeschwindigkeit habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.12.2014 nicht konkret vorgehalten, dass sie die angebotenen Bohrgeschwindigkeiten als "unplausibel" und "nicht machbar" erachte. Die Aufforderung habe sich bloß auf die Begründung der angebotenen Bohrgeschwindigkeit bezogen. Damit habe die Auftraggeberin gegen § 268 Abs. 3 BVergG verstoßen. Mangels konkreten Vorhalts könne der Antragstellerin nicht eine fehlende nachvollziehbare Aufklärung vorgehalten werden, weswegen ein Ausscheiden nach § 269 Abs. 3 BVergG nicht möglich sei. Es könne sohin dahin gestellt bleiben, ob die angebotenen Bohrgeschwindigkeiten möglich seien oder nicht, wobei die Antragstellerin den überdies nicht näher begründeten Vorwurf der Unplausibilität durch die Auftraggeberin nach einem konkreten Vorhalt entkräften könnte. Hinsichtlich des Themas der Bohrgeschwindigkeit habe die Auftraggeberin der Antragstellerin mit Schreiben vom 17.12.2014 nicht konkret vorgehalten, dass sie die angebotenen Bohrgeschwindigkeiten als "unplausibel" und "nicht machbar" erachte.

Die Aufforderung habe sich bloß auf die Begründung der angebotenen Bohrgeschwindigkeit bezogen. Damit habe die Auftraggeberin gegen Paragraph 268, Absatz 3, BVergG verstoßen. Mangels konkreten Vorhalts könne der Antragstellerin nicht eine fehlende nachvollziehbare Aufklärung vorgehalten werden, weswegen ein Ausscheiden nach Paragraph 269, Absatz 3, BVergG nicht möglich sei. Es könne sohin dahin gestellt bleiben, ob die angebotenen Bohrgeschwindigkeiten möglich seien oder nicht, wobei die Antragstellerin den überdies nicht näher begründeten Vorwurf der Unplausibilität durch die Auftraggeberin nach einem konkreten Vorhalt entkräften könnte.

Im Ergebnis liege kein Ausscheidensgrund gemäß § 269 BVergG vor. Im Ergebnis liege kein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 269, BVergG vor.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Ausscheidung ihres Angebotes in ihren Rechten auf Nichtausscheiden ihres Angebotes und Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Durchführung eines dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot entsprechenden Vergabeverfahrens, insbesondere auf Beachtung der von der Auftraggeberin selbst aufgestellten Bedingungen, auf Behebung allfälliger unvollständiger Angaben in ihrem Angebot, insbesondere in der Bauzeittabelle, Feststellung/Beurteilung als geeigneter Bieter, auf Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens bei Zweifeln an der Angemessenheit bestimmter Kalkulationsansätze sowie in eventu auf Widerruf des Vergabeverfahrens als verletzt.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am gegenständlichen Auftrag durch die Angebotslegung, die getätigten Vorleistungen und die Ausschreibungsanfechtung dokumentiert. Der Antragstellerin seien Kosten der Angebotserstellung und der Rechtsverfolgung im gegenständlichen und vorangehenden Nachprüfungsverfahren entstanden. Darüber hinaus bestehe ein erhebliches Interesse an der Auslastung der Ressourcen und an der Erzielung eines wesentlichen Referenzprojektes, welches es ermöglichen würde, an weiteren Projekten teilzunehmen, zumal es sich um "eines der wichtigsten Infrastruktur-Großprojekte im Herzen Europas" handle.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass kein besonderes öffentliches Interesse an der Auftragserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren bestehe. Öffentliche Interessen, wie etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, würden im konkreten Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern vermögen. Verkehrs- und volkswirtschaftliche Interessen würden nicht gefährdet. Überdies würden derzeit nicht einmal alle behördlichen Genehmigungen vorliegen. Das Vergabeverfahren liege sohin nicht auf dem kritischen Pfad. Zudem belege auch die Verfahrensplanung (siebenmonatige Zuschlagsfrist) und der Verfahrensablauf (Ausscheidensentscheidung mehr als zwei Monate nach Angebotsöffnung und mehr als einen Monat nach der eingeforderten Stellungnahme) das fehlende besondere Interesse an einer raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens. Die Antragstellerin verkenne nicht, dass nach der Spruchpraxis des BVA und des BVwG einem ausgeschiedenen Bieter eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung entstandene und sonstige unmittelbare drohende Schädigung von Interessen fehle. Es könne aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit behauptet werden, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin als "ausgeschiedene Bieterin" über die Zuschlagsentscheidung gemäß § 272 BVergG informiere. Es sei daran zu erinnern, dass selbst ein Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 3 BVergG innerhalb von längstens 6 Monaten zu stellen sei. Damit bestehe keine 100%ige Sicherheit, dass sie eine Auftragserteilung trotz einer stattgebenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes gegen die Ausscheidensentscheidung bekämpfen könne. Die begehrte Einstweilige Verfügung beeinträchtige die Auftraggeberin nicht. Warte die Auftraggeberin das Nachprüfungsverfahren ab oder gebe sie die Zuschlagsentscheidung rechtskonform bekannt, schade die Einstweilige Verfügung nicht. Sei dies nicht der Fall, sei die begehrte Sicherungsmaßnahme berechtigt. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass kein besonderes öffentliches Interesse an der Auftragserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren bestehe. Öffentliche Interessen, wie etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, würden im konkreten Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verhindern vermögen. Verkehrs- und volkswirtschaftliche Interessen würden nicht gefährdet. Überdies würden derzeit nicht einmal alle behördlichen Genehmigungen vorliegen. Das Vergabeverfahren liege sohin nicht auf dem kritischen Pfad. Zudem belege auch die Verfahrensplanung (siebenmonatige Zuschlagsfrist) und der Verfahrensablauf (Ausscheidensentscheidung mehr als zwei Monate nach Angebotsöffnung und mehr als einen Monat nach der eingeforderten Stellungnahme) das fehlende besondere Interesse an einer raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens. Die Antragstellerin verkenne nicht, dass nach der Spruchpraxis des BVA und des BVwG einem ausgeschiedenen Bieter eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidung entstandene und sonstige

unmittelbare drohende Schädigung von Interessen fehle. Es könne aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit behauptet werden, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin als "ausgeschiedene Bieterin" über die Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 272, BVergG informiere. Es sei daran zu erinnern, dass selbst ein Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG innerhalb von längstens 6 Monaten zu stellen sei. Damit bestehe keine 100%ige Sicherheit, dass sie eine Auftragserteilung trotz einer stattgebenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes gegen die Ausscheidensentscheidung bekämpfen könne. Die begehrte Einstweilige Verfügung beeinträchtige die Auftraggeberin nicht. Warte die Auftraggeberin das Nachprüfungsverfahren ab oder gebe sie die Zuschlagsentscheidung rechtskonform bekannt, schade die Einstweilige Verfügung nicht. Sei dies nicht der Fall, sei die begehrte Sicherungsmaßnahme berechtigt.

Mit Schriftsatz vom 18.02.2015 übermittelte die Auftraggeberin die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens, erteilte dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes komme der Antragstellerin von vornherein kein rechtliches Interesse iSd § 328 Abs. 1 BVergG an der beantragten Einstweiligen Verfügung zu und sei diese zur Sicherung ihrer Rechte nicht notwendig. Sollte das Bundesverwaltungsgericht seiner bisherigen Spruchpraxis nicht folgen, so spreche sich die Auftraggeberin trotz der besonderen öffentlichen und volkswirtschaftlichen Interessen am zeitgerechten Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht gegen die Erlassung der beantragten Einstweiligen Verfügung, unter Berücksichtigung der Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG, aus. Mit Schriftsatz vom 18.02.2015 übermittelte die Auftraggeberin die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens, erteilte dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes komme der Antragstellerin von vornherein kein rechtliches Interesse iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG an der beantragten Einstweiligen Verfügung zu und sei diese zur Sicherung ihrer Rechte nicht notwendig. Sollte das Bundesverwaltungsgericht seiner bisherigen Spruchpraxis nicht folgen, so spreche sich die Auftraggeberin trotz der besonderen öffentlichen und volkswirtschaftlichen Interessen am zeitgerechten Abschluss des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht gegen die Erlassung der beantragten Einstweiligen Verfügung, unter Berücksichtigung der Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG, aus.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Festgestellter Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel):

Aufgrund der vorliegenden Stellungnahmen sowie der beziehenden Beilagen und der vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im Rahmen des Projektes "Semmering-Basistunnel neu" schrieb die ÖBB-Infrastruktur AG die gegenständliche Leistung in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip aus; die Bekanntmachung wurde am 16.07.2014 im Lieferanzeiger (L-553996-4711) und am 17.07.2014 im Amtsblatt der EU (2014/S 135-243209) veröffentlicht (abgesendet am 15.07.2014). Entsprechend den Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Sektoren-Oberschwellenbereich für Bauleistungsaufträge. Das Ende der Angebotsfrist wurde ursprünglich mit 07.10.2014, 10.00 Uhr, festgelegt und zuletzt mit der 8. Nachsendung vom 29.10.2014 bis zum 18.11.2014, 10.00 Uhr, verlängert. Am 18.11.2014 erfolgte die Angebotsöffnung.

Am 02.02.2015 wurde der Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes mitgeteilt. Am 12.02.2015 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Es wurde weder eine Zuschlagsentscheidung getroffen, der Zuschlag erteilt noch wurde eine Widerrufsentscheidung bekanntgegeben oder der Widerruf erklärt.

2. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß §

3 Abs. 1 Z 2 BVergG (ua BVA 04.10.2013, N/0088-BVA/10/2013-14, mwN). Sie übt eine Sektorentätigkeit gemäß § 69 Abs. 1 BVergG, nämlich den Betrieb von Verkehrsnetzen auf der Schiene, aus. Sie ist daher Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 174 iVm § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs. 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur AG. Diese ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (ua BVA 04.10.2013, N/0088-BVA/10/2013-14, mwN). Sie übt eine Sektorentätigkeit gemäß Paragraph 69, Absatz eins, BVergG, nämlich den Betrieb von Verkehrsnetzen auf der Schiene, aus. Sie ist daher Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt entsprechend den Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit e B-VG gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, B-VG gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über den oben wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung am 02.02.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß § 321 Abs. 1 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs. 3 und 4 BVergG). Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. ist nicht auszugehen. Unter der Annahme der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung am 02.02.2015 wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht wurde, innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde

jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet. Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausscheidensentscheidung. Dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera a, a, BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet.

2.2. Inhaltliche Beurteilung

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 328 Abs. 2 Z 5 hat der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ua die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme zu enthalten. Gemäß Paragraph 328, Absatz 2, Ziffer 5, hat der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ua die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme zu enthalten.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 3 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über eine allfällige Nichtigkeitserklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs. 4 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 4, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige

Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages noch nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; ebenso LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014; sowie bereits BVA 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA 04.07.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; BVA 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung RV 1171 BlgNR XXII. GP, 141). Das Begehren der Antragstellerin ist darauf gerichtet, der Auftraggeberin zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen. Hierzu ist festzuhalten, dass sich das Vergabeverfahren im Stadium vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung befindet. Es steht somit - wie nachfolgend gezeigt wird - die Erteilung des Zuschlages noch nicht unmittelbar bevor. Somit droht aber der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens jedenfalls kein unmittelbarer Schaden durch die Erteilung des Zuschlages (siehe BVwG 25.02.2014, W139 2001504-1/7E; BVwG 23.04.2014, W123 2007137-1/7E; ebenso LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014; sowie bereits BVA 12.01.2009, N/0001-BVA/13/2009-6; BVA 04.07.2011, N/0056-BVA/12/2011-EV6; BVA 20.07.2011, N/0070-BVA/12/2011-EV7; BVA 26.07.2011, N/0071-BVA/12/2011-EV8; BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20; siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22. GP, 141).

Die Auftraggeberin ist gemäß § 272 Abs. 1 BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 zu § 131 BVergG weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Art. 2a Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" (RV 327 BlgNR XXIV. GP, 24 unter Bezugnahme auf RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Diese zu § 131 BVergG getätigten Ausführungen des Gesetzgebers lassen sich auch auf den Sektorenbereich übertragen, in welchem ebenso entsprechende Anpassungen vorzunehmen waren. Gemäß Art 2a Abs. 2 der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann endgültig, wenn er den betroffenen Bieter mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß § 131 Abs. 1 BVergG wie auch gemäß § 272 Abs. 1 BVergG sind (neben jenen Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel³, § 131 Rz 16 und § 272 Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als zweifelsfrei im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (siehe dazu die oben zitierten Entscheidungen des BVA). Die von der Antragstellerin befürchtete Rechtsschutzlücke liegt nicht vor (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel³, § 131 Rz 17 und § 272 Rz 17; zu den Rechtsschutzinstrumentarien gegen eine etwaige Zuschlagsentscheidung bzw bei etwaiger Zuschlagserteilung ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung siehe auch LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014). Die Auftraggeberin ist gemäß Paragraph 272, Absatz eins, BVergG verpflichtet, den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2009 zu Paragraph 131, BVergG weisen darauf hin, "dass ein Bieter dann als im

Vergabeverfahren verblieben gilt, wenn sein Angebot nicht ausgeschieden wurde bzw das Ausscheiden des Angebotes noch nicht bestandsfest geworden ist (Artikel 2 a, Absatz 2, zweiter Unterabsatz der RMRLen spricht von einem "endgültigen" Ausschluss). Dies ist der Fall, wenn das Ausscheiden des Angebotes von der zuständigen Vergabekontrollbehörde für rechtmäßig erkannt wurde oder wenn es keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann" Regierungsvorlage 327 BlgNR römisch 24 . GP, 24 unter Bezugnahme auf Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 . GP, 85). Diese zu Paragraph 131, BVergG getätigten Ausführungen des Gesetzgebers lassen sich auch auf den Sektorenbereich übertragen, in welchem ebenso entsprechende Anpassungen vorzunehmen waren. Gemäß Artikel 2 a, Absatz 2, der RMRL ist die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter abzusenden. Bieter gelten danach als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist danach dann endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. Verbliebene Bieter gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG wie auch gemäß Paragraph 272, Absatz eins, BVergG sind (neben jenen Bietern, die nicht ausgeschlossen wurden bzw deren Angebot nicht ausgeschieden wurde) daher auch jene Bieter, welche die sie betreffende Ausscheidenentscheidung noch fristgerecht bekämpfen können oder welche die Ausscheidenentscheidung rechtzeitig angefochten haben und das betreffende Nachprüfungsverfahren noch nicht beendet ist (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel³, Paragraph 131, Rz 16 und Paragraph 272, Rz 16). Selbst unter der Annahme, dass die Auftraggeberin eine Zuschlagsentscheidung treffen würde, wäre diese somit verpflichtet, diese Entscheidung der Antragstellerin als zweifelsfrei im Vergabeverfahren verbliebener Bieterin - bei sonstiger Bekämpfbarkeit der nachfolgenden Zuschlagserteilung - mitzuteilen, zumal mit den Worten der RMRL der "Ausschluss" bislang nicht seitens des zur Vergabekontrolle zuständigen Bundesverwaltungsgerichtes als rechtmäßig erkannt wurde (Abweisung oder Zurückweisung des gegen das Ausscheiden gerichteten Nachprüfungsantrages) und die antragstellende Bieterin daher noch nicht endgültig ausgeschlossen wurde (siehe dazu die oben zitierten Entscheidungen des BVA). Die von der Antragstellerin befürchtete Rechtsschutzlücke liegt nicht vor (J. Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel³, Paragraph 131, Rz 17 und Paragraph 272, Rz 17; zu den Rechtsschutzinstrumentarien gegen eine etwaige Zuschlagsentscheidung bzw bei etwaiger Zuschlagserteilung ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung siehe auch LWwG Wien 04.06.2014, 123/V/077/26443/2014).

Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidenentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des § 328 Abs. 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). Ein gemäß § 329 Abs. 1 BVergG rechtserhebliches Sicherungsinteresse liegt nicht vor (siehe wiederum BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20). Daher ist im konkreten Fall eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausscheidenentscheidung entstandene oder sonstige unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin, die im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern wären, nicht ersichtlich. Die Untersagung der Zuschlagserteilung ist zur Absicherung des Nichtigerklärungsbegehrens und des potentiell bestehenden Anspruches auf Zuschlagserteilung nicht notwendig (in diesem Sinne auch R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 2058). Ein gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG rechtserhebliches Sicherungsinteresse liegt nicht vor (siehe wiederum BVA 27.07.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20).

Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass keine 100%ige Sicherheit bestehe, dass sie eine Auftragserteilung trotz einer stattgebenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes gegen die Ausscheidenentscheidung bekämpfen könne, so ist sie darauf hinzuweisen, dass eine einstweilige Sicherungsmaßnahme auf die Dauer des Nachprüfungsverfahrens beschränkt ist, und daher Handlungen der Auftraggeberin nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens davon ohnehin nicht erfasst wären. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht sohin die Ausscheidenentscheidung für nichtig erklären würde, bliebe die angesprochene Unsicherheit für die Antragstellerin mangels aufrechter einstweiliger Verfügung jedenfalls bestehen. Während des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist demgegenüber davon auszugehen, dass - wie bereits aufgezeigt - zum jetzigen Zeitpunkt mangels Vorliegen einer Zuschlagsentscheidung eine unmittelbare Schädigung von Interessen der Antragstellerin nicht droht. Da die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen

nur vor Zuschlagserteilung bzw. Widerrufserklärung gegeben ist, ist auch auszuschließen, dass eine - nicht rechtskonforme - Zuschlagserteilung ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung während des laufenden Nachprüfungsverfahrens im Verborgenen bliebe.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B Zur Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 09.08.2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt: Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt; dies weil die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 09.08.2010, AW 2010/04/0024, ausgeführt:

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin" angesehen werden, der gemäß § 131 Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann (vgl. dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

"Durch die Zuerkennung von aufschiebender Wirkung an die gegenständliche Beschwerde würde die am 27. Mai 2010 für die Dauer von höchstens sechs Wochen erlassene einstweilige Verfügung nicht wieder in Kraft treten vergleiche etwa den hg. Beschluss vom 11. August 2008, Zl. AW 2008/04/0043). Die Beschwerdeführerin würde vielmehr lediglich so gestellt, als ob das Nachprüfungsverfahren ohne aufrecht bestehende einstweilige Verfügung anhängig wäre. Diesfalls könnte die Beschwerdeführerin jedoch - entgegen ihrer offenbaren Ansicht - nicht als "im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin" angesehen werden, der gemäß Paragraph 131, Bundesvergabegesetz 2006 die Zuschlagsentscheidung mitzuteilen ist und die diese Entscheidung daher anfechten kann vergleiche dazu auch den hg. Beschluss vom 10. Dezember 2007, Zl. AW 2007/04/0054, mit dem der Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde gegen die Abweisung eines von einer ausgeschiedenen Bieterin gestellten Antrages auf einstweilige Verfügung mit der Begründung stattgegeben hat, dass ohne die dem Antrag auf einstweilige Verfügung zukommende Sperrwirkung der Bieter Gefahr liefe, von einer Zuschlagsentscheidung nicht verständigt zu werden und diese Entscheidung daher nicht anfechten zu können)."

Der Verwaltungsgerichtshof geht demnach entgegen der in diesem Beschluss geäußerten Ansicht davon aus, dass ein Bieter, der ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich des Ausscheidens seines Angebotes eingeleitet hat, bereits vor Beendigung des betreffenden Vergabekontrollverfahrens als "nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter" angesehen werden könnte und für diesen daher mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr besteht, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden.

Schlagworte

Ausscheidensentscheidung, Bauauftrag, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, drohende Schädigung, einstweilige Verfügung, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Gleichbehandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,

Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, öffentlicher Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren, rechtliches Interesse, Revision zulässig, Semmering Basistunnel, Sicherungsbedarf, technische Leistungsfähigkeit, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W139.2100650.1.00

Zuletzt aktualisiert am

10.06.2015

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at