

TE Bvwg Beschluss 2014/10/9 W139 2012408-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.10.2014

Entscheidungsdatum

09.10.2014

Norm

BVergG 2006 §112
BVergG 2006 §164
BVergG 2006 §174
BVergG 2006 §180 Abs1 Z2
BVergG 2006 §2 Z16 lita
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §255 Abs6
BVergG 2006 §260 Abs1
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §312 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2 Z1
BVergG 2006 §318 Abs1 Z1
BVergG 2006 §318 Abs1 Z4
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs4
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
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 112 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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 § 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 § 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. 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 2012408-1/3E

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, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" über den Antrag der XXXX, vertreten durch MMAg. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, vom 29.09.2014 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, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" über den Antrag der römisch 40, vertreten durch MMAg. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, vom 29.09.2014 beschlossen:

SPRUCH

Dem Antrag, das "Bundesverwaltungsgericht möge folgende Einstweilige Verfügung erlassen: „Der ÖBB-Infrastruktur AG ist es bei sonstiger Exekution untersagt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über die in Punkt 1.7 bezeichneten Anträge auf Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen einschließlich der Bekanntmachung (Beilage./A) bzw. der Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Semmering-Basistunnel Neu, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" fortsetzen; die diesbezügliche Angebotsfrist wird im Sinne einer Fortlaufshemmung ausgesetzt" wird dahingehend stattgegeben, als die Angebotsfrist im Vergabeverfahren "Semmering-Basistunnel Neu, Baulos SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens im Sinne einer Fortlaufhemmung ausgesetzt wird.

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 29.09.2014 das im Spruch ersichtliche Begehren und beantragte darüber hinaus die Nichtigerklärung einer Vielzahl an Ausschreibungsbedingungen einschließlich der Bekanntmachung sowie in eventu die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung.

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. Die Auftraggeberin habe die Ausschreibung zuletzt mit der sechsten Nachsendung vom 26.09.2014 berichtigt. Eine vollständige Prüfung der sechsten Nachsendung sei bisher nicht möglich gewesen. Sollte der eine oder andere

angefochtene Punkt hierdurch entschärft sein, werde dies im Nachprüfungsverfahren vorgebracht werden. Ebenso behalte sich die Antragstellerin aber auch eine Anfechtung der sechsten Berichtigung vor. 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. Die Auftraggeberin habe die Ausschreibung zuletzt mit der sechsten Nachsendung vom 26.09.2014 berichtigt. Eine vollständige Prüfung der sechsten Nachsendung sei bisher nicht möglich gewesen. Sollte der eine oder andere angefochtene Punkt hierdurch entschärft sein, werde dies im Nachprüfungsverfahren vorgebracht werden. Ebenso behalte sich die Antragstellerin aber auch eine Anfechtung der sechsten Berichtigung vor.

Primär werde die Nichtigerklärung einzelner Ausschreibungsbestimmungen geltend gemacht. Sollte freilich die Fülle der von der Antragstellerin aufgezeigten Rechtswidrigkeiten die Grenzen einer zulässigen Berichtigung/Nichtigerklärung von Teilen der Ausschreibung überschreiten, richte sich der Nachprüfungsantrag in eventu gegen die gesamte Ausschreibung.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung würden die Vorgaben des BVergG gleich an mehreren Stellen unbeachtet gelassen werden. Bei der Antragstellerin handle es sich um ein ausländisches Bauunternehmen, welches durch das Bestbieterprinzip bzw. das Zuschlagskriterium "Lage der Entladestationen" beschwert werde. Es sei offenkundig, dass derartige Entladestationen in der kurzen Angebotsfrist für ausländische Bauunternehmen nur schwer zu nennen seien und alle hierfür notwendigen Verträge abgeschlossen werden können, jedenfalls nicht in einer Form, dass die maximale Punktzahl erreicht werden könne. Offenkundig werde hier eine bewusste Eintrittshürde für ausländische Bauunternehmen geschaffen. Dies sei diskriminierend.

Ferner würden den Bietern insbesondere bei der Kalkulation ihrer Angebote umfangreiche Ermittlungs- und Planungsleistungen abverlangt werden, welche nicht hinreichend präzise definiert worden seien und für die es auch keine eigenen Leistungspositionen gebe.

Auch seien gemäß Leistungsverzeichnis Pauschalen für äußerst komplexe Leistungen anzubieten, was eine ordnungsgemäße Kalkulation ebenfalls unmöglich mache. Es bedürfe folglich in zahlreichen Fällen umfangreicher und aufwendiger Vorarbeiten, um diese Pauschalen, sofern dies überhaupt möglich sei, ermitteln zu können. Die Pauschalierung dieser Leistungen soll ganz offensichtlich dazu führen, dass die Risiken einer fehlerhaften Mengenermittlung, der Vollständigkeit der Unterlagen wie auch der allfällig fehlerhaften Planung auf den Auftragnehmer übertragen würden.

Risiken, welche eigentlich klar in der Sphäre der Auftraggeberin liegen würden (z.B. das Baugrund-, Planungs-, Massenermittlungs- und Vollständigkeitsrisiko), würden daher entgegen den vergaberechtlichen Bestimmungen auf den Auftragnehmer überwält werden. Selbst das Behördenrisiko werde überwält.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtenen Ausschreibungsbestimmungen bzw. die angefochtene Ausschreibung in ihren Rechten auf Durchführung eines dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Durchführung eines dem Grundsatz eines fairen und lauten Vergabeverfahrens entsprechenden Verfahrens, insbesondere eines Verfahrens, das nicht unzumutbare und unangemessene Bedingungen von den Bietern fordere, weiters in ihren Rechten auf angemessenen Angebots- und Vorbereitungsfristen, auf Nichtüberwälzung unkalkulierbarer Risiken (insbesondere Baugrundrisiken, Behörden- und Planungsrisiken), auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot entsprechende Bestbieterermittlung bzw. entsprechende Zuschlagskriterien verletzt.

Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Teilnahme an diesem Vergabeverfahren. Sie habe die Ausschreibungsunterlagen behoben und bereits mit den ihr verbundenen Unternehmen erhebliche Vorleistungen im Ausmaß von ca. € 200.000,-- erbracht. Auch seien der Antragstellerin Kosten durch die Rechtsverfolgung ihres Anspruches im gegenständlichen Verfahren entstanden. Im Falle des Zuschlages rechne die Antragstellerin mit einem Gewinn - einschließlich Deckungsbeitrag - in der Höhe eines mehrfachen Euromillionenbetrages. Der gegenständlich ausgeschriebene Auftrag sei ein wesentlicher Auftrag im Bereich "Tunnelbau" in Österreich. Die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren sei daher auch deshalb in ihrem Interesse gelegen, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt worden seien, vorweisen müsse.

Projekte wie das gegenständliche Tunnelprojekt seien allerdings europaweit dünn gesät. Hinzukomme das Interesse an einer langfristigen Auslastung der Tunnelkapazitäten. Die von der Antragstellerin vorgehaltenen Tunnelbaressourcen könnten durch das gegenständliche Verfahren zum Teil langfristig ausgelastet werden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Abgabe eines Angebotes nicht möglich bzw. unzumutbar sei. Es könne von der Antragstellerin nicht verlangt werden, sich unter Zugrundelegung einer rechtswidrigen Ausschreibung am Vergabeverfahren zu beteiligen und unkalkulierbare Risiken zu übernehmen. Selbst wenn die Antragstellerin ein Angebot abgeben würde, wären die fortgesetzten Kosten für die Teilnahme an einem solchen Verfahren frustriert, ohne dass die Antragstellerin eine echte Chance auf Zuschlagserteilung hätte.

Einer einstweiligen Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens, unter anderem durch Aussetzung der Angebotsfrist, stehe ein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin nicht entgegen. Eine einstweilige Aussetzung stelle für die Auftraggeberin keine unverhältnismäßige Belastung dar. Auch 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. Zudem habe die Auftraggeberin selbst kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt, sodass selbst die Auftraggeberin nicht von einer besonderen Dringlichkeit der Leistungsdurchführung ausgegangen sei. Schon die siebenmonatige Zuschlagsfrist verdeutliche den offenkundig vorgesehenen Zeitpuffer seitens der Auftraggeberin. Nochmals werde auf die Bedeutung des gegenständlichen Bauvorhabens "Semmering-Basistunnel Neu" verwiesen. Dass die Antragstellerin ein großes Interesse daran habe, ein derartiges Projekt als Referenzprojekt zu gewinnen, liege auf der Hand.

Mit Schriftsatz vom 02.10.2014 übermittelte die Auftraggeberin die Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens, erteilte dem Bundesverwaltungsgericht die erbetenen allgemeinen Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm inhaltlich zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Der insgesamt 27,3 km lange Semmering-Basistunnel neu sei eines der wichtigsten Infrastruktur-Großprojekte Europas und sei von globaler verkehrswirtschaftlicher und öffentlicher Bedeutung. Der Semmering-Basistunnel finalisiere die moderne Verbindung zwischen den Wirtschaftszentren Wien, Graz und dem Kärntner Zentralraum. Durch dessen Bau und Inbetriebnahme werde sich das BIP erhöhen und würden zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen werden. Die zusätzliche Wirtschaftsleistung bringe auch steuerliche Mehreinnahmen mit sich. Zudem komme es zu einer Verlagerung des Verkehrs, zur Entlastung der Straßen, zu einer Reduzierung der Treibhaus- und Schadstoffemissionen und zu einer Erhöhung der Verkehrssicherheit und Gefahrenabwehr. Aus einer späteren Inbetriebnahme entgehe dem Staat ein Wirtschaftswachstum von rund € 240 - 250 Millionen pro Jahr (Entfall von steuerlichen Einnahmen von rund € 50 Millionen). An der zeitgerechten Errichtung des Infrastrukturprojektes bestehe daher ein besonderes öffentliches Interesse aus verkehrs- und volkswirtschaftlicher Sicht. Das besondere öffentliche Interesse an der Realisierung sei auch im UVP-Genehmigungsbescheid ausdrücklich festgehalten. Auch der VwGH habe bislang den Beschwerden im Verfahren gegen den UVP-Bescheid 2011 die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt.

Das Baulos SBT2.1 Tunnel Fröschnitzgraben sei als erstes Baulos im April 2013 ausgeschrieben und im November 2013 vergeben worden. Mit dem Bau sei im Jänner 2014 begonnen worden. Aufgrund des mit der Aufhebung des UVP-Bescheides durch den VwGH verbundenen Baustopps habe die für das Frühjahr 2014 geplante Veröffentlichung der gegenständlichen Ausschreibung verschoben werden müssen. Der Ersatzbescheid vom 16.06.2014 sei am 24.06.2014 vom BMVIT veröffentlicht worden. Danach sei das Vorhaben unverändert bis 31.12.2024 auszuführen und der Betrieb zu eröffnen. Am 15.07.2014 sei das gegenständliche Vergabeverfahren eingeleitet worden. Durch diese nicht von der Auftraggeberin zu vertretenden Verzögerungen sei der zeitliche Spielraum für die Realisierung des Bauvorhabens bereits am Limit. Das Baulos SBT1.1 sei bauzeitbestimmend für das Gesamtprojekt Semmering Basistunnel neu. Eine Verzögerung des Baustarts, welcher für das Frühjahr 2015 geplant sei, bedeute automatisch eine Verzögerung der Inbetriebnahme um ein Jahr, da ein Fahrplanwechsel stets nur im Dezember im Rahmen des gesamteuropäischen Fahrplanwechsels vorgenommen werden könne. Neben dem volkswirtschaftlichen Schaden würden aufgrund der späteren Fertigstellung Valorisierungskosten von rund € 30 Millionen entstehen.

Des weiteren würden massive Zweifel an der Antragslegitimation der Antragstellerin bestehen. Die von der Antragstellerin behauptete Interessenschädigung sei offensichtlich nicht plausibel. Die Ausschreibungsunterlagen seien ab der Veröffentlichung (16.07.2014 im Lieferanzeiger; 17.07.2014 im EU-Amtsblatt) elektronisch zum Download via Bieterplattform AVA-Online zur Verfügung gestanden. Die Angebotsfrist sei gleich lang wie beim bereits vergebenen

Baulos SBT2.1. mit 84 Tagen festgelegt worden und sei nunmehr mit der 6. Nachsendung auf 96 Tage verlängert worden. Die Antragstellerin habe sich nicht auf der Plattform registriert und nicht um Übersendung der Unterlagen ersucht. Das vom Rechtsvertreter Dr. Casati verfasste Schreiben vom 22.09.2014 sei nicht im Namen der Antragstellerin sondern "im Namen eines geeigneten Bauunternehmens" außerhalb des festgelegten Kommunikationsweges erfolgt. Zwei Wochen vor Ablauf der Angebotsfrist sei offensichtlich noch nicht klar gewesen, ob bzw in welcher Konstellation die Antragstellerin überhaupt ein Angebot legen werde. Die Antragstellerin habe die Ausschreibungsunterlagen vielmehr erst am 25.09.2014, mehr als zwei Monate nach Ausschreibungsbeginn, behoben. Zudem komme die Antragslegitimation ausschließlich den für dieses anspruchsvolle Tunnelbauprojekt geeigneten Unternehmen zu. Die Antragstellerin sei nach Kenntnis der Auftraggeberin in den letzten fünf Jahren bei vergleichbaren Tunnelbauvorhaben nicht in Erscheinung getreten. Es würden daher auch erhebliche Zweifel an der Antragslegitimation mangels Erfüllung der von ihr nicht angefochtenen Eignungskriterien bestehen.

Die angebliche Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit einer ordnungsgemäßen Kalkulation sei allein dem Versäumnis der Antragstellerin zuzuschreiben. Das Provisorialverfahren dürfe nicht dazu instrumentalisiert werden, der Antragstellerin erst jene Zeit zu verschaffen, die sie für eine Durcharbeitung der Ausschreibungsunterlagen und Findung geeigneter Partner benötigen würde.

Es fehle der Antragstellerin daher an der Antragslegitimation. Sie habe ihre möglicherweise geschädigten Interesse weder plausibel behauptet noch ansatzweise bescheinigt. Jedenfalls habe aber angesichts des besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Vergabeverfahrens zur Sicherung der zeitgerechten Fertigstellung des Semmering-Basistunnels neu und der aus einer Verzögerung resultierenden Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen und jener der Auftraggeberin die anzustellende Interessenabwägung zugunsten der Auftraggeberin auszufallen.

Die Antragstellerin äußerte sich mit einer weiteren Stellungnahme vom 06.10.2014 und führte aus, dass die besondere Bedeutung des Projekts "Semmering-Basistunnel" sowohl die Bedeutung aus verkehrspolitischer Sicht als auch aus Sicht des Binnenmarktes verdeutliche, da auch ausländischen Bietern eine faire Chance zur Angebotsabgabe und Erzielung einer europarelevanten Referenz ermöglicht werden solle. Gerade vor diesem Hintergrund sei die Erlassung der einstweiligen Verfügung geboten. Die bekämpften Ausschreibungsbestimmungen würden ausländische Bieter offenkundig benachteiligen, weshalb es auch nicht verwundere, dass die in der VIBÖ zusammengeschlossenen Unternehmen keinen Nachprüfungsantrag eingebracht hätten.

Das öffentliche Interesse an der Errichtung des Semmering-Basistunnels sei unstrittig. Die Auftraggeberin habe es aber unterlassen, das besondere Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens darzulegen bzw. darzulegen, weshalb die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung besondere öffentliche Interessen beeinträchtige. Die verkehrs- und volkswirtschaftlichen Interessen würden durch den Erlass der einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, welches in der Regel 2 Monate dauere nicht gefährdet. Im Gegenteil diene es gerade dem öffentlichen Interesse einer effizienten Verwendung öffentlicher Mittel, dass ein faires und dem Diskriminierungsverbot entsprechendes Vergabeverfahren abgewickelt werde. Nur dadurch würden die von der Auftraggeberin in den Vordergrund gerückten volkswirtschaftlichen Interessen optimal erzielt werden. Der Zeit- und Projektverzug wäre im Fall der Aufhebung des Verfahrens aufgrund dessen Rechtswidrigkeit ein noch größerer.

Darüber hinaus sei ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens auch ausgeschlossen, da derzeit nicht einmal alle behördlichen Genehmigungen im Hinblick auf das Gesamtprojekt "Semmering-Basistunnel" vorliegen würden. So würden bis dato die notwendigen wasser- und naturschutzrechtlichen Genehmigungen für die Deponie "Longsgraben" im Rahmen des Bauloses SBT2.1 fehlen. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren verzögere sohin nicht das Gesamtprojekt.

Auch sei das Missverhältnis zwischen Angebotsfrist (ca 3 Monate) und Zuschlagsfrist (7 Monate) ein Indiz für die angefochtene unangemessene Angebotsfrist und ein Beleg für das fehlende besondere öffentliche Interesse an einer raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens. Die Auftraggeberin habe im Hinblick auf diverse Anfragen nicht proaktiv gehandelt. Gesetzeskonforme Ausschreibungsunterlagen müssten auch im Interesse der Auftraggeberin liegen.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin wäre die Auftraggeberin bzw der letztlich verantwortliche Bund durch nichts gehindert gewesen, das Projekt "Semmering-Basistunnel" angesichts der komplexen Rechtssituation früher zu beginnen. Der verspätete Beginn könne nicht dazu führen, den ohnehin äußerst begrenzten vergaberechtlichen

Rechtsschutz zu reduzieren bzw letztlich auszuschließen. Nach ständiger Rsp der Vergabekontrolle hätte die Auftraggeberin in der Projektzeitplanberechnung auch einen entsprechenden Vergaberechtsschutz berücksichtigen müssen. Dies sei offenbar nicht erfolgt, obwohl es sich um eines der größten europaweiten Tunnelbauprojekte handle, welches im Übrigen ein seit mehr als 20 Jahren verfolgtes Projekt sei.

Zum Vorbringen der mangelnden Antragslegitimation führte die Antragstellerin aus, sie sei ein in Deutschland ansässiges Bauunternehmen und Teil eines größeren Europäischen Baukonzerns. Im Hinblick auf das gegenständliche Bauvorhaben habe die Antragstellerin die Dienstleistungsanzeige beim BMWFW beantragt und sei die Erbringung der Dienstleistung mit Mitteilung vom XXXX zulässig. Die Antragstellerin werde unter Heranziehung der mit ihr verbundenen Unternehmen und von Subunternehmern ein Angebot legen und damit die Eignungskriterien erfüllen. Das mit der Antragstellerin verbundene Unternehmen, die Renaissance Construction GmbH, habe etwa technisch federführend an der ARGE zur Errichtung des St. Gotthard-Tunnel mitgewirkt. Die Auftraggeberin erkenne der Antragstellerin ohne weiteren Beleg und vor Ablauf der Angebotsfrist die Eignung ab, was die diskriminierende Sichtweise der Auftraggeberin belege. Zum Vorbringen der mangelnden Antragslegitimation führte die Antragstellerin aus, sie sei ein in Deutschland ansässiges Bauunternehmen und Teil eines größeren Europäischen Baukonzerns. Im Hinblick auf das gegenständliche Bauvorhaben habe die Antragstellerin die Dienstleistungsanzeige beim BMWFW beantragt und sei die Erbringung der Dienstleistung mit Mitteilung vom römisch 40 zulässig. Die Antragstellerin werde unter Heranziehung der mit ihr verbundenen Unternehmen und von Subunternehmern ein Angebot legen und damit die Eignungskriterien erfüllen. Das mit der Antragstellerin verbundene Unternehmen, die Renaissance Construction GmbH, habe etwa technisch federführend an der ARGE zur Errichtung des St. Gotthard-Tunnel mitgewirkt. Die Auftraggeberin erkenne der Antragstellerin ohne weiteren Beleg und vor Ablauf der Angebotsfrist die Eignung ab, was die diskriminierende Sichtweise der Auftraggeberin belege.

Die Antragstellerin habe die Ausschreibungsunterlagen am 25.09.2014 behoben und sich ordnungsgemäß registriert. Die Bieteranfrage vom 22.09.2014 sei an die in der EU-Bekanntmachung genannte e-mail-Adresse gerichtet worden. Über ein mit ihr verbundenes Unternehmen habe die Antragstellerin Kenntnis von den Ausschreibungsunterlagen und werde das Angebot seit Wochen vorbereitet. Bis zuletzt habe die Antragstellerin auf ein Einlenken der Auftraggeberin gehofft und habe sie schließlich zur Vermeidung der Präklusion den gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt und auch durch eidesstattige Erklärung von XXXX bescheinigt. Die Antragstellerin habe die Ausschreibungsunterlagen am 25.09.2014 behoben und sich ordnungsgemäß registriert. Die Bieteranfrage vom 22.09.2014 sei an die in der EU-Bekanntmachung genannte e-mail-Adresse gerichtet worden. Über ein mit ihr verbundenes Unternehmen habe die Antragstellerin Kenntnis von den Ausschreibungsunterlagen und werde das Angebot seit Wochen vorbereitet. Bis zuletzt habe die Antragstellerin auf ein Einlenken der Auftraggeberin gehofft und habe sie schließlich zur Vermeidung der Präklusion den gegenständlichen Nachprüfungsantrag eingebracht. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss dargelegt und auch durch eidesstattige Erklärung von römisch 40 bescheinigt.

Die Erlassung der einstweiligen Verfügung würde weder den Schutz von Leib und Leben, Gesundheit noch von Eigentum gefährden. Bloße volkswirtschaftliche Interessen würden der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht entgegenstehen.

Zuletzt führte die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 07.10.2014 ergänzend aus, sie habe das vorliegende Baulos erst mit Wiedervorliegen des UVP-Genehmigungsbescheides ausschreiben können und daher entgegen dem widersprüchlichen Vorbringen der Antragstellerin nicht früher einleiten können; das Baulos SBT2.1 befinde sich aufgrund des Baustopps auf dem zeitkritischen Pfad, was zugunsten der Auftraggeberin zu berücksichtigen sei; bei einer zweimonatigen Verzögerung könne die Ausrüstungsfertigstellung erst Anfang 2025 gewährleistet werden, wodurch sich aufgrund des erst zu Jahresende möglichen Fahrplanwechsels die Inbetriebnahme um ein Jahr verzögere; es sei unrichtig, dass für die Deponie Longsgraben der Naturschutzbescheid fehle; bei der Zuschlagsfrist handle es sich um die Frist, in der der Bieter an sein Angebot gebunden sei aber nicht um die Prüffrist der Auftraggeberin, was sich auch aus der Festlegung des vertraglichen Baubeginns mit 15.04.2014 ergebe; die Antragstellerin habe angemerkt, dass ihr selbst die Eignung fehle und dass sie geeignete Partner benötige; mit dem Projekt St. Gotthard-Tunnel allein sei die Referenzanforderung nicht erfüllt; die außerhalb des festgelegten Informationsweges am 22.09.2014 durch Dr. Casati gestellten Fragen seien zügig am 26.09.2014 im Zuge der

6. Nachsendung beantwortet worden; es sei rätselhaft, wie die Antragstellerin, welcher nicht einmal die

Ausschreibungsunterlagen vorgelegen seien, ihr Angebot vorbereitet haben wolle und weshalb Dr. Casati sein Schreiben anonym im Namen eines geeigneten Bieters verfasst habe; zum Zeitpunkt des Schreibens von Dr. Casati am 22.09.2014 sei das vermeintlich rechtswidrige Zuschlagskriterium nicht bemängelt worden. Der vorliegende Nachprüfungsantrag werde von der Antragstellerin nur dazu instrumentalisiert, die begehrte Fristverlängerung um weitere zwei Monate durchzusetzen. Wegen offensichtlicher Verletzung ihrer Obliegenheit nach § 255 Abs 3 BVergG sei die Antragstellerin nicht schutzwürdig und habe die Interessenabwägung zu ihren Lasten auszufallen. 6. Nachsendung beantwortet worden; es sei rätselhaft, wie die Antragstellerin, welcher nicht einmal die Ausschreibungsunterlagen vorgelegen seien, ihr Angebot vorbereitet haben wolle und weshalb Dr. Casati sein Schreiben anonym im Namen eines geeigneten Bieters verfasst habe; zum Zeitpunkt des Schreibens von Dr. Casati am 22.09.2014 sei das vermeintlich rechtswidrige Zuschlagskriterium nicht bemängelt worden. Der vorliegende Nachprüfungsantrag werde von der Antragstellerin nur dazu instrumentalisiert, die begehrte Fristverlängerung um weitere zwei Monate durchzusetzen. Wegen offensichtlicher Verletzung ihrer Obliegenheit nach Paragraph 255, Absatz 3, BVergG sei die Antragstellerin nicht schutzwürdig und habe die Interessenabwägung zu ihren Lasten auszufallen.

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

1. Festgestellter Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel):

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

Im Rahmen des Projektes "Semmering-Basistunnel neu" wurde das Baulos "SBT2.1 - Tunnel Fröschnitzgraben" im November 2013 beauftragt, das Baulos "SBT3.1 - Tunnel Grautschenhof" wurde noch nicht ausgeschrieben und die Einleitung des verfahrensgegenständlichen Bauloses "SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" war ursprünglich für das Frühjahr 2014 geplant. Aufgrund der mit Erkenntnis vom 19.12.2013 erfolgten Aufhebung des (ersten) UVP-Bescheides vom 27.05.2011 durch den VwGH wurde ein Baustopp verhängt. Der betreffende Ersatzbescheid des BMVIT vom 16.06.2014 wurde mittels Edikt vom 18.06.2014 veröffentlicht. Die ÖBB-Infrastruktur AG schrieb in weiterer Folge 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 mit der 6. Nachsendung vom 26.09.2014 bis zum 21.10.2014, 10.00 Uhr, verlängert. Der voraussichtliche Baubeginn ist mit 15.04.2015 festgelegt, dessen Ende mit 10.03.2024 (siehe Bekanntmachung sowie Teil 3.2.1 Ermittlung Bauzeit und Vergütung zeitgebundener Kosten: maximale zulässige Gesamtbaudauer Zwischenangriff Göstritz: 3252 KT). Die Zuschlagsfrist beträgt sieben Monate (siehe Teil 3.3. Geschlossenes Leistungsverzeichnis Punkt 00A217).

Mit Bescheid des BMVIT vom 16.06.2014, BMVIT-820-288/033-IV/SCH2/2014, erfolgte die Vorschreibung, das Vorhaben bis 31.12.2014 auszuführen und den Betrieb zu eröffnen. Begründend wurde hierzu seitens des BMVIT ausgeführt, dass die "Frist bis 31.12.2014 [...] in Ansehung der Größe des Vorhabens und der vom Unternehmen selbst festgelegten Ausführungsplanung als angemessen erachtet" wird.

Mit Mitteilung des BMWFW vom XXXX erfolgte aufgrund der Anzeige der Antragstellerin die Mitteilung gemäß 373a Abs. 5 Z 2 GewO für das Baumeistergewerbe. Mit Schreiben vom 22.09.2014 richtete RA MMag. Dr. Casati namens eines geeigneten Bauunternehmens ein Ersuchen um Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung in einigen näher bezeichneten Punkten an die Auftraggeberin. Die Antragstellerin behob die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen am 25.09.2014. Am 29.09.2014 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Mitteilung des BMWFW vom römisch 40 erfolgte aufgrund der Anzeige der Antragstellerin die Mitteilung gemäß Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO für das Baumeistergewerbe. Mit Schreiben vom 22.09.2014 richtete RA MMag. Dr. Casati namens eines geeigneten Bauunternehmens ein Ersuchen um Berichtigung der gegenständlichen Ausschreibung in einigen näher bezeichneten Punkten an die Auftraggeberin. Die Antragstellerin behob die

gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen am 25.09.2014. Am 29.09.2014 brachte die Antragstellerin den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden mit einem Nachprüfungsantrag beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Es wurde weder 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 (BVA 04.10.2013, GZ 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 (BVA 04.10.2013, GZ 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 somit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art. 14 b Abs. 2 Z 1 lit.c B-VG ist sohin 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 somit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts 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 c, B-VG ist sohin 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 die oben wiedergegebenen Anträge 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 die oben wiedergegebenen Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vor.

Vorbehaltlich einer anderslautenden Entscheidung des zuständigen Senates im Rahmen des Hauptverfahrens ist im Provisorialverfahren aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist nicht von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. auszugehen. Weder kann ein bereits

eingetretener bzw. drohender Schaden noch das Interesse am Vertragsabschluss derzeit offensichtlich ausgeschlossen werden, auch wenn die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen erst gegen Ende der Angebotsfrist behoben hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass unter dem Schadensbegriff des § 328 Abs. 1 BVergG nicht nur der reine Vermögensschaden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn zu verstehen ist, sondern etwa auch der drohende Verlust eines Referenzprojekts oder ganz allgemein jener Nachteil, der in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegt (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 320 Rz 7, und T. Gruber, ebenda, § 328 Rz 29). Auf die besondere Bedeutung des gegenständlichen Infrastrukturprojektes als Referenz hat die Antragstellerin mehrfach hingewiesen und ist diese Argumentation angesichts des Tätigkeitsfeldes der Antragstellerin nachvollziehbar und im Sinne der zitierten Judikatur nicht als völlig unplausibel einzustufen (zur Plausibilität der Behauptungen siehe VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128). Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht zuständig ist, den Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben, weswegen es eines detaillierten Nachweises nicht bedarf (siehe BVA 25.04.2013, N/0029-BVA/03/2013-EV14). Abgesehen davon behauptet die Antragstellerin, durch zahlreiche Bestimmungen insbesondere aufgrund damit verbundener Übernahme nicht kalkulierbarere Risiken an der Erstellung eines (erfolgversprechenden) Angebotes gehindert zu sein. Dies zu beurteilen ist allerdings erst Sache des zuständigen Senates des Bundesverwaltungsgerichtes im Rahmen des Hauptverfahrens (siehe auch unten 2.2.), sodass insofern vom Vorliegen eines allenfalls drohenden Schadens auszugehen ist. Vorbehaltlich einer anderslautenden Entscheidung des zuständigen Senates im Rahmen des Hauptverfahrens ist im Provisorialverfahren aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist nicht von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. auszugehen. Weder kann ein bereits eingetretener bzw. drohender Schaden noch das Interesse am Vertragsabschluss derzeit offensichtlich ausgeschlossen werden, auch wenn die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen erst gegen Ende der Angebotsfrist behoben hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass unter dem Schadensbegriff des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG nicht nur der reine Vermögensschaden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn zu verstehen ist, sondern etwa auch der drohende Verlust eines Referenzprojekts oder ganz allgemein jener Nachteil, der in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Unternehmers, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, liegt (vergleiche Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 320, Rz 7, und T. Gruber, ebenda, Paragraph 328, Rz 29). Auf die besondere Bedeutung des gegenständlichen Infrastrukturprojektes als Referenz hat die Antragstellerin mehrfach hingewiesen und ist diese Argumentation angesichts des Tätigkeitsfeldes der Antragstellerin nachvollziehbar und im Sinne der zitierten Judikatur nicht als völlig unplausibel einzustufen (zur Plausibilität der Behauptungen siehe VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127; VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128). Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht zuständig ist, den Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben, weswegen es eines detaillierten Nachweises nicht bedarf (siehe BVA 25.04.2013, N/0029-BVA/03/2013-EV14). Abgesehen davon behauptet die Antragstellerin, durch zahlreiche Bestimmungen insbesondere aufgrund damit verbundener Übernahme nicht kalkulierbarere Risiken an der Erstellung eines (erfolgversprechenden) Angebotes gehindert zu sein. Dies zu beurteilen ist allerdings erst Sache des zuständigen Senates des Bundesverwaltungsgerichtes im Rahmen des Hauptverfahrens (siehe auch unten 2.2.), sodass insofern vom Vorliegen eines allenfalls drohenden Schadens auszugehen ist.

Darüber hinaus ist die Auftraggeberin im Hinblick auf das Vorbringen zur mangelnden Eignung der Antragstellerin darauf hinzuweisen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung des Vorliegens der Eignung im offenen Verfahren der Zeitpunkt der Angebotsöffnung ist und folglich hierüber noch keine Aussage getroffen werden kann und sich im Übrigen auch im Rahmen der Grobprüfung keine Anhaltspunkte ergeben haben, wonach die Beteiligung der Antragstellerin am Vergabeverfahren mangels Eignung grundsätzlich ausgeschlossen wäre (siehe auch BVA 05.02.2004, 15N-06/04-10; BVA 29.03.2004, 15N-06/04-29).

Im Übrigen wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG innerhalb der gemäß § 321 Abs. 4 BVergG maßgeblichen Frist eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als rechtzeitig zu qualifizieren ist (§ 328 Abs. 3 und 4 BVergG). Im Übrigen wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz 4, 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 Ausschreibung. 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 (§ 318 Abs. 1 Z. 1 und 4 BVergG iVm §§ 1, 2 Abs. 2 und 3 Abs. 1 BVwG-PauschGebV Vergabe). Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausschreibung. 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 (Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins und 4 BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins, 2, Absatz 2 und 3 Absatz eins, BVwG-PauschGebV Vergabe).

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

Nach § 329 Abs. 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 Nichtigerklärung 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 Nichtigkeitsklärung 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.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen im Vergabeverfahren "Semmering-Basistunnel Neu, Baulos SBT1.1 - Tunnel Gloggnitz B13047". Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich. Über die inhaltliche Begründetheit ist aber im Provisorialverfahren nicht abzusprechen. Diese wird im Hauptverfahren durch den zuständigen Senat des Bundesverwaltungsgerichtes zu beurteilen sein.

Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens über die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr XXII. GP 141). Da somit nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten (zumindest teilweise) zutreffen und hierdurch eine erfolgreiche Beteiligung erschwert wird, droht der Antragstellerin durch die Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Entgang des Auftrags mit allen daraus erwachsenden Nachteilen. Um derartigen Schaden abzuwenden, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht ins Leere laufen lässt und der die Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und damit die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens über die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen an die Antragstellerin wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 1171 BlgNr römisch 22. Gesetzgebungsperiode 141).

Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin ua auf einen beträchtlichen drohenden Gewinnentgang (inklusive Deckungsbeitrag) und insbesondere auf den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes im Bereich Tunnelbau verweist. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; ua BVA 21.02.2007, N/0012-BVA/07/2007-13; BVA 09.06.2010, N/0008-BVA/02/2010-7 uva). Darüber hinaus betont die Antragstellerin, ihre Tunnelbaressourcen bei Auftragsdurchführung zum Teil langfristig auslasten zu können. Wie bereits oben unter Punkt 2.1. ausgeführt wurde, stellen sich die von der Antragstellerin angeführten drohenden Schäden dem Grunde nach als nachvollziehbar und plausibel dar.

Selbst wenn die Antragstellerin, wie die Auftraggeberin vorbringt, ihrer Obliegenheit gemäß § 255 Abs. 3 BVergG (gemeint wohl: § 255 Abs. 6 BVergG) nicht (vollumfänglich) nachgekommen sein mag, so vermag dieser Umstand gegenständlich kein Überwiegen der gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen zu begründen, zumal ein Bieter schon angesichts der Komplexität der gegenständlichen Ausschreibung nicht dazu verhalten sein kann, die Auftraggeberin vorab auf sämtliche (vermeintlichen) Rechtswidrigkeiten hinzuweisen. Abgesehen davon ist festzuhalten, dass eine derartige Obliegenheitsverletzung keinesfalls die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung ausschließt (Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 106 Rz 30). Selbst wenn die Antragstellerin, wie die Auftraggeberin vorbringt, ihrer Obliegenheit gemäß Paragraph 255, Absatz 3, BVergG (gemeint wohl: Paragraph 255, Absatz 6, BVergG) nicht (vollumfänglich) nachgekommen sein mag, so vermag dieser Umstand gegenständlich kein Überwiegen der gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen zu begründen, zumal ein Bieter schon angesichts der Komplexität der gegenständlichen

Ausschreibung nicht dazu verhalten sein kann, die Auftraggeberin vorab auf sämtliche (vermeintlichen) Rechtswidrigkeiten hinzuweisen. Abgesehen davon ist festzuhalten, dass eine derartige Obliegenheitsverletzung keinesfalls die Möglichkeit der Anfechtung der Ausschreibung ausschließt (Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 106, Rz 30).

Darüber hinaus ist im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere auch auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs hinsichtlich des Vorrangs des primären - durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden - Rechtsschutzes (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel Austria AG ua; 18.06.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH) sowie auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, wonach in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse liegt (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insb bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45 uvm), Bedacht zu nehmen.

Die Auftraggeberin verweist demgegenüber auf die Bedeutung des gegenständlichen Infrastrukturvorhabens und spricht sich aufgrund des besonderen öffentlichen und volkswirtschaftlichen Interesses an einem fristgerechten Baubeginn im Frühjahr 2015 gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht keine Zweifel an der maßgeblichen verkehrs- und volkswirtschaftlichen Bedeutung des Vorhabens "Semmering Basistunnel neu" hegt und dass mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht das in Rede stehende Infrastrukturvorhaben an sich in Frage gestellt oder untersagt wird.

Wenn die Auftraggeberin neben dem volkswirtschaftlichen Schaden auf ihr durch die spätere Fertigstellung entstehende Valorisierungskosten verweist, so ist sie auf die diesbezüglich ständige Rsp der Vergabekontrolle zu verweisen, wonach es in der Natur der Sache liegt, dass mit einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand einhergeht. Als Begründung für eine Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung in einem Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (so ua BVA 12.10.2004, 04N-96/04-16; BVA 06.07.2012, N/0068-BVA/09/2012-EV7; BVA 25.04.2013, N/0029-BVA/03/2013-EV14). Festzuhalten ist darüber hinaus, dass mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum im konkreten Fall nicht einhergeht.

Der Auftraggeberin ist zuzustimmen, dass nach der Spruchpraxis der Vergabekontrolle öffentliche Interessen auch in volkswirtschaftlichen Erwägungen gründen können, allerdings nur wenn die Nachteile konkret aufgrund der mit der einstweiligen Verfügung einhergehenden Verzögerung drohen (BVA 24.03.2005, 15N-14/05-39). Hiervon ist vorliegend nicht zwingend auszugehen. Der Baubeginn ist im Frühjahr 2015 (15.04.2015) geplant, die Eröffnung des Betriebes bis 31.12.2024 vorgesehen. Die Auftraggeberin bleibt es schuldig, im Einzelnen nachvollziehbar darzulegen, weshalb eine Einhaltung dieser Termine angesichts einer durch eine einstweilige Verfügung, welche im Übrigen nicht die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens betrifft, eintretenden Verzögerung nicht möglich sein soll, bzw. inwiefern eine Verzögerung im Rahmen des hier verfahrensgegenständlichen Bauloses SBT1.1. zu einer Verzögerung hinsichtlich des Gesamtprojektes führen und die Inbetriebnahme bis 31.12.2024 verunmöglichen soll. Es erscheint daher die zeitgerechte Projektdurchführung ab dem Frühjahr 2015 bis zur Bauvollendungsfrist bis 31.12.2024 durch eine Verfahrensverzögerung bei gegenwärtiger Betrachtung nicht notwendigerweise gefährdet. Abgesehen davon ist eine möglicherweise eintretende weitere Verschleppung des Verfahrens bzw der Inbetriebnahme des Semmering-Basistunnels neu gerade nicht auf die nunmehrige einstweilige Maßnahme zurückzuführen.

Wenn die Auftraggeberin vorbringt, dass die eingetretenen zeitlichen Verzögerungen, durch welche nunmehr bereits der zeitliche Spielraum am Limit sei, nicht von ihr zu vertreten seien, und dass der Umstand, dass sich das Projekt aufgrund des Baustopps auf dem zeitkritischen Pfad befinde zugunsten der Auftraggeberin auswirken müsse, so ist ihr zu entgegnen, dass ein gewissenhafter Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen hat. Dies gilt umso mehr bei Auftragsvergaben mit hohen Auftragswerten, da die Wahrscheinlichkeit möglicher Nachprüfungsverfahren mit der Komplexität bzw. der Größenordnung des Auftrages, insbesondere des Auftragswertes, zunimmt (siehe VfGH 01.08.2002, B1194/02; weiters ua BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 11.12.2006, N/0100- BVA/02/2006-10; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14 uva). Gerade bei einem von zahlreichen behördlichen Genehmigungen abhängenden und äußerst vielschichtigen Großprojekt wie dem gegenständlichen hat die Auftraggeberin auch derartige, nicht von ihr zu vertretende Vorhabensverzögerungen in der

Weise einzuplanen, dass hierdurch die Durchführung der betreffenden Vergabeverfahren ohne Beschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes gewährleistet ist. Weshalb derartige Verzögerungen zulasten der Antragstellerin gehen sollten, bleibt unerfindlich. Es stellt sich in diesem Zusammenhang daher die Frage, weshalb das verfahrensgegenständliche - laut Angaben der Auftraggeberin bauzeitbestimmende - Baulos SBT1.1. nicht schon früher - etwa ebenso wie Baulos SBT2.1. bereits im Jahr 2013 - zur Ausschreibung gelangte bzw. weshalb nicht zumindest unmittelbar nach Erlassung des (neuen) UVP-Bescheides im Juni 2014 das gegenständliche Vergabeverfahren, das ja ohnehin bereits für das Frühjahr 2014 geplant war, eingeleitet wurde, sondern erst etwa einen Monat danach. Wenn die Auftraggeberin darauf verweist, dass gemäß Ersatz-UVP-Bescheid daran festgehalten wird, dass das Vorhaben bis 31.12.2024 auszuführen und der Betrieb zu eröffnen ist, so erfolgte diese allgemeine Vorschreibung gemäß der Begründung des BMVIT offenbar auf Grundlage der von der Auftraggeberin selbst festgelegten Ausführungsplanung und kann dieser Umstand daher der Antragstellerin nicht entgegen gehalten werden (siehe Seite 97 des Bescheides, BMVIT-820.288/0033-IV/SCH2/2014, vom 16.06.2014).

Abgesehen davon dürfte die Auftraggeberin offenbar selbst angesichts der Komplexität der ausgeschriebenen Leistungen einen Spielraum im Verfahrensablauf berücksichtigt haben, da sie eine Zuschlagsfrist von sieben Monaten festgelegt hat und diese Frist auch mit der 6. Nachsendung unverändert geblieben ist. Die Auftraggeberin führt aus, dass diese Frist nicht die Prüffrist der Auftraggeberin, sondern lediglich die Bindungsfrist der Bieter darstelle. Gemäß § 260 Abs. 1 BVergG handelt es sich bei der Zuschlagsfrist um jene Frist, innerhalb welcher die Erteilung des Zuschlags vorgesehen ist. Sie ist grundsätzlich kurz zu halten, wobei sich bei komplizierten Vergaben die Frist von fünf Monaten als zu kurz erweisen kann, weswegen die maximale Dauer sieben Monate betragen kann, wenn dies aus zwingenden Gründen erforderlich ist (siehe zum vergleichbaren § 112 BVergG: EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 81). Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin ist demnach die Zuschlagsfrist sehr wohl dazu bestimmt, den voraussichtlichen Zeitraum für die Angebotsprüfung und -bewertung durch den Auftraggeber festzulegen. Richtig ist, dass der Bieter währenddessen an sein Angebot gebunden ist. Öhler/Schramm führen aus, dass "aus § 112 die Pflicht des Auftraggebers [folgt], sein Vergabeverfahren (insb. die Angebotsprüfung und -bewertung) so zu planen und zu gestalten, dass die Zuschlagserteilung innerhalb der Zuschlagsfrist möglich ist" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 112 Rz 5f). Vorliegend hat die Auftraggeberin ausdrücklich eine Zuschlagsfrist von sieben Monaten bestimmt. Die Festlegung des Baubeginns mit "voraussichtlich 15.04.2014" hindert die Auftraggeberin daher nicht, die Angebotsprüfung nötigenfalls entsprechend ihrer Festlegung über den gesamten vorgesehenen Zeitraum von sieben Monaten zu erstrecken. Angesichts der von der Auftraggeberin festgelegten Zuschlagsfrist erscheint es demnach - selbst bei Ausschöpfung der maximalen Zuschlagsfrist - nicht unmöglich, dass die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen des "Bauloses SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" zeitgerecht abgeschlossen werden können, mag dies gegebenenfalls auch eine - bei der Wahl eines offenen Verfahrens und im derzeitigen Verfahrensstadium durchaus zumutbare und mögliche - Forcierung der Verfahrensabläufe nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens erfordern. Die Vorgangsweise der Auftraggeberin selbst spiegelt daher die besondere, keinerlei Aufschub duldende Dringlichkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht in dem Ausmaß wieder, wie dies die Auftraggeberin nunmehr darzustellen versucht. Abgesehen davon dürfte die Auftraggeberin offenbar selbst angesichts der Komplexität der ausgeschriebenen Leistungen einen Spielraum im Verfahrensablauf berücksichtigt haben, da sie eine Zuschlagsfrist von sieben Monaten festgelegt hat und diese Frist auch mit der 6. Nachsendung unverändert geblieben ist. Die Auftraggeberin führt aus, dass diese Frist nicht die Prüffrist der Auftraggeberin, sondern lediglich die Bindungsfrist der Bieter darstelle. Gemäß Paragraph 260, Absatz eins, BVergG handelt es sich bei der Zuschlagsfrist um jene Frist, innerhalb welcher die Erteilung des Zuschlags vorgesehen ist. Sie ist grundsätzlich kurz zu halten, wobei sich bei komplizierten Vergaben die Frist von fünf Monaten als zu kurz erweisen kann, weswegen die maximale Dauer sieben Monate betragen kann, wenn dies aus zwingenden Gründen erforderlich ist (siehe zum vergleichbaren Paragraph 112, BVergG: EBRV 1171 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 81). Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin ist demnach die Zuschlagsfrist sehr wohl dazu bestimmt, den voraussichtlichen Zeitraum für die Angebotsprüfung und -bewertung durch den Auftraggeber festzulegen. Richtig ist, dass der Bieter währenddessen an sein Angebot gebunden ist. Öhler/Schramm führen aus, dass "aus Paragraph 112, die Pflicht des Auftraggebers [folgt], sein Vergabeverfahren (insb. die Angebotsprüfung und -bewertung) so zu planen und zu gestalten, dass die Zuschlagserteilung innerhalb der Zuschlagsfrist möglich ist" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 112, Rz 5f). Vorliegend hat die Auftraggeberin ausdrücklich eine Zuschlagsfrist von sieben Monaten bestimmt. Die Festlegung des Baubeginns mit "voraussichtlich

15.04.2014" hindert die Auftraggeberin daher nicht, die Angebotsprüfung nötigenfalls entsprechend ihrer Festlegung über den gesamten vorgesehenen Zeitraum von sieben Monaten zu erstrecken. Angesichts der von der Auftraggeberin festgelegten Zuschlagsfrist erscheint es demnach - selbst bei Ausschöpfung der maximalen Zuschlagsfrist - nicht unmöglich, dass die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen des "Bauloses SBT1.1-Tunnel Gloggnitz B13047" zeitgerecht abgeschlossen werden können, mag dies gegebenenfalls auch eine - bei der Wahl eines offenen Verfahrens und im derzeitigen Verfahrensstadium durchaus zumutbare und mögliche - Forcierung der Verfahrensabläufe nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens erfordern. Die Vorgangsweise der Auftraggeberin selbst spiegelt daher die besondere, keinerlei Aufschub duldende Dringlichkeit des gegenständlichen Vergabeverfahrens nicht in dem Ausmaß wieder, wie dies die Auftraggeberin nunmehr darzustellen versucht.

Soweit die Auftraggeberin darauf hinweist, dass ein Fahrplanwechsel nur mit dem jeweiligen Jahresende erfolgen kann, bleibt für das Bundesverwaltungsgericht fraglich, weshalb ein solcher, wie europarechtlich grundsätzlich zulässig und in Deutschland etwa stattfindend, nicht auch - schadensreduzierend - im Juni möglich wäre (siehe Entscheidung der Kommission vom 23. Oktober 2002 zur Änderung der Richtlinie 2000/14/EG hinsichtlich des Termins für den Wechsel des Netzfahrplans; www.bahn.de).

Im Hinblick auf die Ausführungen, die Antragstellerin habe die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit einer ordnungsgemäßen Kalkulation und Angebotslegung ausschließlich dem eigenen Versäumnis zuzuschreiben, sich nicht rechtzeitig beteiligt zu haben und das Provisorialverfahren dürfe nicht zur Verlängerung der Angebotsfrist instrumentalisiert werden, ist die Auftraggeberin nochmals darauf zu verweisen, dass die Antragstellerin nicht nur die zu kurze Angebotsfrist als eine ordnungsgemäße Kalkulation verhindernd moniert, sondern darüber hinaus auch zahlreiche Ausschreibungsfestlegungen ihres Inhalts wegen als rechtswidrig bekämpft.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen und insbesondere des Aspekts des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist, ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen (BVA 13.11.2013, N/0114-BVA/11/2013-EV5; BVwG, 14.03.2014W114 2003874-1/6E). Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen und insbesondere des Aspekts des Gemeinschaftsrechts, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist, ist somit ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen (BVA 13.11.2013, N/0114-BVA/11/2013-EV5; BVwG, 14.03.2014W114 2003874-1/6E).

Soweit sich das Begehren der Antragstellerin auf die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens richtet, ist dieses als überschießend abzuweisen. Dem Bundesverwaltungsgericht ist kein Grund bekannt und ist das Vorliegen eines solchen seitens der Antragstellerin auch nicht entsprechend vorgebracht worden, welcher es erfordern würde, die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin derart weitgehend einzuschränken. Die beantragte Maßnahme stellt im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nach der ständigen Rechtsprechung nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß §§ 328 Abs. 1 und 329 Abs. 3 BVergG dar (so bereits BVA 23.05.2005, 06N-41/05-7; BVA 25.02.2009, N/0008-BVA/12/2009-EV4; BVA 11.03.2010, N/0105-BVA/12/2010-14). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von der oben aufgezeigten Judikatur des Bundesvergabeamtes abzugehen. Soweit sich das Begehren der Antragstellerin auf die Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens richtet, ist dieses als überschießend abzuweisen. Dem Bundesverwaltungsgericht ist kein Grund bekannt und ist das Vorliegen eines solchen seitens der Antragstellerin auch nicht entsprechend vorgebracht worden, welcher es erfordern würde, die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin derart weitgehend einzuschränken. Die beantragte Maßnahme stellt im Hinblick auf die mit dieser einstweiligen Verfügung zu verfolgenden Ziele nach der ständigen Rechtsprechung nicht das nötige und gelindeste Mittel gemäß Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz 3, BVergG dar (so bereits BVA 23.05.2005, 06N-41/05-7; BVA 25.02.2009, N/0008-BVA/12/2009-EV4; BVA 11.03.2010, N/0105-BVA/12/2010-14). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von der oben aufgezeigten Judikatur des Bundesvergabeamtes abzugehen.

Dagegen handelt es sich bei der verfügten Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle um eine notwendige und geeignete Maßnahme, um den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (siehe ua BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/11E; zur Fortlaufhemmung bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7;

BVA 11.07.2011, N/0060-BVA/04/2011-7EV). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG. Für den Fall, dass tatsächlich nur einzelne Ausschreibungsfestlegungen gestrichen werden können, wäre hiermit, durchaus auch im Interesse der Auftraggeberin liegend, das Fortführen des Vergabeverfahrens auf der Basis der geänderten Ausschreibungsbestimmungen gewährleistet (BVA 7.11.2013, N/0108-BVA/04/2013-EV6; BVA 23.05.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6; BVA 28.09.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6; BVA 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7; BVA 21.08.2007, N/0078-BVA/14/2007-EV9). Dagegen handelt es sich bei der verfügten Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle um eine notwendige und geeignete Maßnahme, um den aufgezeigten Schaden hintanzuhalten (siehe ua BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/11E; zur Fortlaufhemmung bereits BVA 11.12.2012, N/0113-BVA/12/2012-EV7; BVA 11.07.2011, N/0060-BVA/04/2011-7EV). Dabei handelt es sich auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 3, BVergG. Für den Fall, dass tatsächlich nur einzelne Ausschreibungsfestlegungen gestrichen werden können, wäre hiermit, durchaus auch im Interesse der Auftraggeberin liegend, das Fortführen des Vergabeverfahrens auf der Basis der geänderten Ausschreibungsbestimmungen gewährleistet (BVA 7.11.2013, N/0108-BVA/04/2013-EV6; BVA 23.05.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6; BVA 28.09.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6; BVA 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7; BVA 21.08.2007, N/0078-BVA/14/2007-EV9).

Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs. 4 BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10.01.2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 30.05.2014, W130 2008219-1/11E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054). Zur Dauer der Provisorialmaßnahme ist auszuführen, dass eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nach derzeitiger hA gemäß Paragraph 329, Absatz 4, BVergG als hinreichend befristet zu bewerten ist (ua BVwG 10.01.2014, W187 2000170-1/11; BVwG 20.03.2014, W139 2003185-1/11E; BVwG 30.05.2014, W130 2008219-1/11E; BVA 10.02.2011, N/0011-BVA/10/2011-9, BVA 10.05.2011, N/0035-BVA/08/2011-12 mwN; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054).

B Unzulässigkeit 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 nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 2011/04/0153; VwGH 22.03.2000, 2000/04/0033; VwGH 01.03.2004, 2004/04/0012, VwGH 17.11.2004, 2002/04/0176) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 06.11.2002, 2002/04/0138; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 01.02.2005, 2005/04/0004; VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024; VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.06.2007, 2005/04/0254; VwGH 29.02.2008, 2008/04/0019; VwGH 14.01.2009, 2008/04/0143; VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065; VwGH 29.09.2011, 2011/04/0153; VwGH 22.03.2000, 2000/04/0033; VwGH 01.03.2004, 2004/04/0012, VwGH 17.11.2004, 2002/04/0176) ab; noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsfrist, Angebotsöffnung, Antragslegimitation, Aussetzung der

Angebotsfrist, Bauauftrag, Dauer, Diskriminierungsverbot,
Dringlichkeit, drohende Schädigung, Eignung, einstweilige Verfügung,
fairer Wettbewerb, faires Verfahren, Fortlaufshemmung, Frist,
gelindeste Maßnahme, gelindestes Mittel, Gleichbehandlung, Grundsatz
der Gleichbehandlung, Interessensabwägung, Kalkulation,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentlicher
Auftraggeber, öffentliches Interesse, Provisorialverfahren,
Referenzprojekt, Risikotragung, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W139.2012408.1.00

Zuletzt aktualisiert am

04.11.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at