



N/0036-BVA/10/2011-EV23

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Umbau Bahnhof Grein-Bad Kreuzen“; **einstweilige Verfügung**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10 Mag. Hubert Reisner und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Umbau Bahnhof Grein-Bad Kreuzen“ des Auftraggebers ÖBB Infrastruktur AG vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 9. Mai 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, „*Das Bundesvergabeamt möge folgende einstweilige Verfügung erlassen: ‚Es wird der ÖBB-Infrastruktur AG ab sofort bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Nachprüfungsantrag der Antragstellerin untersagt, den Zuschlag im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren ‚Umbau Bahnhof Grein-Bad Kreuzen‘ zu erteilen.‘*“, wird **insofern stattgegeben**, als der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt** wird, im Vergabeverfahren „Umbau Bahnhof Grein-Bad Kreuzen“, den **Zuschlag zu erteilen**.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006, BGBl I 17/2006 idF BGBl II 73/2010

B e g r ü n d u n g

1. Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 9. Mai 2011 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Vorlage des gesamten Vergabeaktes für das gegenständliche Vergabeverfahren, Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Nach Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes, Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und des öffentlichen Auftraggebers sowie Ausführungen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gab sie an, dass ihr ein Schaden in Form des entgangenen Beitrags zur Deckung der Geschäftsgemeinkosten von circa € 102.785, 12,45 % der Angebotssumme laut K3 Blatt, sowie entgangener zeitgebundener Baustellengemeinkosten durch fehlende anderweitige Einsatzmöglichkeit von rund € 34.000, die die Antragstellerin im Falle der Beauftragung jährlich erzielen könnte, frustrierter Kosten der Angebotserstellung von rund € 10.000 exklusive Steuern für Personal und Materialaufwand, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von derzeit rund € 4.000 exklusive USt sowie des Entgangs eines wichtigen Referenzprojekts für künftige Ausschreibungen. Die Antragstellerin habe da als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidenten rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Sie beachtet sich in den Rechten auf Erteilung des Zuschlages als Bestbieterin, unterlassene vertiefte Angebotsprüfung (§ 123 iVm § 125 bzw. §§ 267 Abs 2 Z 4 iVrn § 268 BVergG), Verstoß gegen das Gebot der Vergabe zu angemessenen Preisen (§ 19 Abs 1 bzw. § 187 Abs 1 BVergG), unterlassenes Ausscheiden des Angebotes der Bietergemeinschaft B***/C*** (§ 129 bzw § 269 BVergG), unzulässiges reines Preisverhandeln (§ 19 Abs 1 bzw. § 187 Abs 1 BVergG), Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot sowie gegen das Gebot des freien und lauterer Wettbewerbs (§ 19 Abs 1 bzw. § 187 Abs 1 BVergG) verletzt. Zu den Vergabeverstößen führte sie im Wesentlichen aus, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin einerseits rein spekulativ und andererseits

betriebswirtschaftlich nicht erklärbar sei. Es hätte daher zwingend ausgeschieden werden müssen. Die Antragstellerin geht davon aus, dass ihr Erstangebot vor dem Verhandlungsgespräch deutlich das billigste und somit günstiger als dasjenige der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gewesen sei. Letztere habe im Zuge des Verhandlungsgesprächs oder nach dem Verhandlungsgespräch einen massiven und branchenunüblich hohen Nachlass oder eine Preiskorrektur auf ihr Erstangebot gewährt, der als rein spekulativ zu werten sei. Der Nachlass sei betriebswirtschaftlich nicht zu erklären. Es stehe ihm insbesondere keine entsprechende qualitative oder quantitative Verringerung der Leistung gegenüber. Die Antragstellerin habe als kleines Bauunternehmen eine sehr schlanke Kostenstruktur. Sie habe Erfahrung mit gleichartigen Baustellen in der Nähe. Sie betreibe auch eine Großbaustelle in der Nähe und könne auf Ressourcen vor Ort zurückgreifen. Der plötzliche branchenunüblich hohe Preisnachlass gegenüber dem Erstangebot sei jedenfalls ohne einen wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprung schlicht nicht erklärbar. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass Positionspreise im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ungewöhnlich niedrig seien und dass nicht alle für die Ausführung der Leistungen und damit die Kalkulation des Angebotes relevanten Kostenfaktoren, insbesondere Lohn und Lohnnebenkosten, Materialpreise und Gerätekosten entsprechend berücksichtigt seien. Die Auftraggeberin hätte das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zumindest vertieft prüfen müssen. Im Ergebnis hätte sie dieses ausscheiden müssen.

Die Antragstellerin erhob das bisherige Vorbringen zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Ihr Interesse liege an der Teilnahme an einem mängelfreien, vergaberechtskonformen Verfahren, den Zuschlag zu erhalten. Zum drohenden Schaden verweise sie zur Vermeidung von Wiederholungen auf die bisherige Ausführungen. Die einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin durch eine Zuschlagserteilung sonst unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Es liege kein berechtigtes Interesse der Auftraggeberin vor, dass der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstünde.

Mit E-Mail vom 9. Mai 2011 legte die Antragstellerin eine Erklärung über die Gründe und die Höhe des drohenden Schadens wie im Nachprüfungsantrag vor. Darüber

hinaus machte sie den Entgang eines Referenzprojekts für künftige Ausschreibungen als drohenden Schaden geltend.

Mit Schriftsatz vom 12. Mai 2011 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte, beantragte die Ausnahme einzelner Informationen von der Akteneinsicht sowie ihre Beziehung zu einer allfälligen Akteneinsicht. Sie sprach sich wegen der notwendigen Streckendauersperrung vom 9. Juli 2011 bis 12. September 2011 und dem daraus resultierenden Baubeginn am 6. Juni 2011 sowie der Koordination mit gleichartigen Bauvorhaben in anderen Bahnhöfen entlang dieser Strecke gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Die daraus resultierenden Kosten stünden in keinem Verhältnis zu dem von der Antragstellerin dargelegten Schaden. Zum Nachprüfungsantrag führte sie im Wesentlichen aus, dass sie alles Bereitsteller wenn von Schieneninfrastruktur eine Sektorentätigkeit im Bereich des Verkehrs ausübe. Sie sei daher Sektoren Auftraggeberin. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin liege lediglich 3,95 % unter der Kostenschätzung und sei somit jedenfalls als plausibel und angemessen zu betrachten. Der Reiseabstand zur Antragstellerin betrage lediglich 6 %. Wie der Angebotsprüfung zu entnehmen sei, sei auch die Zusammensetzung des Gesamtpreises plausibel und nachvollziehbar, sowohl hinsichtlich der Erst- wie auch der Letztangebote. Ein Ausscheidensgrund sei daher nicht erkennbar. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe in einem Begleitschreiben zu ihrem letzten Angebot vom 19. April 2011 die Überarbeitung ihres Angebots plausibel und nachvollziehbar erläutert. Sie könne auch auf Ressourcen vor Ort zurückgreifen. Änderungen in der Zeit zwischen Legung des Erst- und des Letztangebotes hätten Preiskorrekturen ermöglicht. Die Antragstellerin habe Ihrem Begleitschreiben lediglich einen generellen Nachlass in der Höhe von 6 % angeboten und diesen in keiner Weise näher erläutert. Es bestehe kein Verbot von reinen Preisverhandlungen. Es sei über Preis und Leistung verhandelt worden. Es sei ein Zeichen des funktionierenden Bieterwettbewerbs, dass es im Verhandlungsverfahren nach Abgabe der letzten Angebote unter Umständen noch zu einem Bietersturz kommen könne. Es sei nicht zu einer verbotenen Informationsweitergabe gekommen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe ihr Angebot vor der Antragstellerin abgegeben. Die AVA-Plattform biete technische Vorkehrungen, die eine verfrühte Einsichtnahme in abgegebene Angebote verhindere. Bei der vertieften Angebotsprüfung sei der

Prüfmaßstab gegenüber dem öffentlichen Bereich deutlich reduziert. Es handle sich um eine bloße Plausibilitätsprüfung. Weder Gesamtpreise noch Einheitspreise der wesentlichen Positionen wiesen Auffälligkeiten auf. Es bestehe kein Grund für eine vertiefte Angebotsprüfung. Nichtsdestotrotz habe die Auftraggeberin im Hinblick auf ein allfälliges Mehrkostenforderungspotential sowie Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen von dritter Seite vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ohnehin eine vertiefte Angebotsprüfung anhand der Einheitspreise durchgeführt. Diese habe keine Zweifel an der Preisgestaltung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben. Das Angebot sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Die Auftraggeberin beantragte daher, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

Am 12. Mai 2011 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 13. Mai 2011 erstattete die Antragstellerin eine Äußerung zu der Stellungnahme der Auftraggeberin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Dringlichkeit des Bauvorhabens dem Erlass der einstweiligen Verfügung nicht entgegenstünde. Die Auftraggeberin habe die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens und die damit verbundenen Zeitverzögerungen einzuplanen. Die behaupteten Nachteile seien allesamt der Sphäre der Auftraggeberin und Versäumnissen in ihrem Bereich zuzuordnen. Es sei in der Regel immer notwendig eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Die von der Auftraggeberin behaupteten finanziellen Interessen seien unsubstantiiert. Ihr diesbezügliches vorbringen könne daher nicht Grundlage für eine Interessenabwägung sein. Eine Vergabe bis zur Streckendauersperre sei auch bei Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens möglich. Es sei kein besonderes öffentliches Interesse erkennbar, dass gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung spreche.

2. Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft ist unter FN 71369 w im Firmenbuch eingetragen. Alleinaktionär ist die Österreichische Bundesbahnen-Holding

Aktiengesellschaft, FN 247642 f. Deren Alleinaktionär ist die Republik Österreich.
(amtliche Einsicht ins offene Firmenbuch)

Die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft baut sieben Verkehrsstationen, nämlich Mauthausen, Perg, Arbing, Saxen, Grein/Bad Kreuzen, Grein Stadt und St. Nikola-Struden, aufgrund einer Vereinbarung mit dem Land Oberösterreich mit dem vertraglich festgelegten Fertigstellungstermin 31. Dezember 2012 nahverkehrsgerecht aus. Bei dem gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag mit dem CPV Code 45200000 – Komplett- oder Teilbauleistungen im Hochbau sowie Tiefbauarbeiten. Der geschätzte Auftragswert liegt unter €1.000.000. Der Auftrag wird in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 192 Abs 6 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben. Die Bieter wurden am 11. März 2011 zur Abgabe ihrer Erstangebote eingeladen. Die Angebotsfrist endete am 13. April 2011, 10.00 Uhr. Es wurden mehrere Angebote abgegeben. Gemäß „Shorlist-Verfahrens“ nach Punkt 00A224 der Ausschreibungsunterlage wurde der Bieterkreis auf eine Anzahl von drei Bietern reduziert und diese drei Bieter nach Führung von Verhandlungsgesprächen am 18. April 2011 zur Legung von Letztangeboten bis 19. April 2011, 13.00 Uhr eingeladen. Die Antragstellerin gab ein Letztangebot mit einer Angebotssumme von €825.586,07 ohne USt, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eines mit einer Angebotssumme von €778.737,22 ohne USt ab. Am 2. Mai 2011 teilte die Auftraggeberin allen verbliebenen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin per E-Mail mit. Als Ende der Stillhaltefrist gab sie den 9. Mai 2011, 24.00 Uhr, bekannt. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann. Die herangezogenen

Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft. Ihr Alleinaktionär ist die Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft, die ihrerseits im Alleineigentum der Republik Österreich steht. Gemäß § 29a Bundesgesetz zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der Österreichischen Bundesbahnen (Bundesbahngesetz), BGBl 825/1992 idF BGBl I 111/2010, entstand sie aus der Verschmelzung der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG mit der ÖBB-Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft mit dem Stichtag 1. Jänner 2009. Ihre Aufgabe ist gemäß § 31 Abs 1 Bundesbahngesetz insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. Die Instandhaltung umfasst Wartung, Inspektion, Entstörung, Instandsetzung und Reinvestition. Weiters können auch Verschubleistungen erbracht werden. Es handelt sich dabei um Aufgaben im Allgemeininteresse. Mangels denkbarer Konkurrenz und der monopolartigen Struktur von Schienenwegen ist diese Aufgabe auch nichtgewerblich. Als Aktiengesellschaft ist sie vollrechtsfähig. Im Wege der – mittelbaren – Eigentümerschaft der Republik Österreich übt sie die notwendige Kontrolle zumindest im Wege der Finanzierung und der Aufsicht aus. Die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVA 11. 11. 2009, N/0105-BVA/04/2009-39; 25. 11. 2009, N/0110-BVA/09/2009-28; 19. 4. 2010, N/0008-BVA/02/2010-30). Ihr Unternehmenszweck ist die Bereitstellung von Eisenbahninfrastruktur. Sie übt daher die Sektorentätigkeit des § 169 Abs 1 BVergG der Bereitstellung von Schieneninfrastruktur aus. Es handelt sich daher um eine öffentliche Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des

§ 180 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen

Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

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

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 Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die ... beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entschei-

derung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen im Ergebnis in der Hintanhaltung unumkehrbarer Tatsachen wie der Auftragsvergabe, um die Möglichkeit zu behalten, den Auftrag zu erhalten.

Die Auftraggeberin macht im Ergebnis ein Interesse an der koordinierten Vorgangsweise in sieben Bahnhöfen und der Einhaltung der Bauzeit verbunden mit der befristeten Sperre der Strecke. Im Hintergrund steht dabei auch ein Vertrag mit dem Land Oberösterreich, der zur Einhaltung der vorgegebenen Termine zwingt.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 23. 10. 2008, N/0131-BVA/12/2008-EV9; 1. 12. 2008, N/0153-BVA/03/2008-7 EV; 30. 12. 2008, N/0171-BVA/04/2008-EV4, 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 9. 1. 2004, 10N-3/04-4 mwN; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert

werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Das Interesse der Auftraggeberin am Unterbleiben der einstweiligen Verfügung ist einerseits hinsichtlich des Schadens nicht näher spezifiziert. Zwar kann der Auftraggeberin zugestanden werden, dass eine koordinierte Vorgangsweise in sieben Bahnhöfen sinnvoll und von Bedeutung ist. Eine Streckendauersperrung ist zweifellos von der Eisenbahnbehörde zu genehmigen und kann von der Antragstellerin nicht selbständig verfügt werden. Andererseits hat – wie oben ausgeführt – ein umsichtiger Auftraggeber die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in seiner Zeitplanung zu berücksichtigen. Schließlich können vertragliche Verpflichtungen der Auftraggeberin nicht bewirken, dass der vergaberechtliche Primärrechtsschutz ausgehöhlt wird. Bei Gegenüberstellung aller zu berücksichtigender Interessen überwiegt daher das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung jenes der Auftraggeberin an deren Unterbleiben. Betroffene öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen, sind nicht erkennbar.

Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wäre, ist die Untersagung der Zuschlagserteilung die einzige Maßnahme, die die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen verhindern kann. Sie lässt der Auftraggeberin allerdings auch alle anderen Freiheiten, im Vergabeverfahren zu agieren. Sie ist daher das gelindeste zum Ziel führende Mittel (zB BVA 28. 8. 2009, N/0091-BVA/07/2009-8).

Die Antragstellerin beantragt die Befristung der einstweiligen Verfügung bis „zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Nachprüfungsantrag“. Grundsätzlich ist es zwar möglich, eine Frist durch den Eintritt eines zu erwartenden Ereignisses bestimmbar zu machen. Allerdings kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht mit absoluter Sicherheit gesagt werden, ob das Bundesvergabeamt überhaupt über den Nachprüfungsantrag entscheiden wird. Das Nachprüfungsverfahren kann ja auch durch Antragsrückziehung beendet werden. In diesem Fall würde die beendende Bedingung nicht eintreten. Überdies entspricht sie der gesetzlichen Voraussetzung für das Außerkrafttreten einer einstweiligen Verfügung. Sie erweist sich daher für die Befristung der vorläufig anzuordnenden Maßnahme als ungeeignet.

Allerdings gehört die Dauer der vorläufigen Maßnahme nicht zum notwendigen Antragsinhalt gemäß § 328 Abs 2 BVergG. Wird dennoch eine Frist beantragt, bindet sie das Bundesvergabeamt nicht. Es ist gemäß § 329 Abs 4 BVergG frei, eine geeignete Frist festzulegen, um den Zielen des § 328 Abs 1 BVergG wirkungsvoll nachzukommen, zumal es auch frei ist, bei Bedarf eine erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen zu verlängern, wenn die Voraussetzungen dafür weiter vorliegen (zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19).

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (*Kodek in Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung² [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 3 BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 5. 2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9. 5. 2006, N/0029-BVA/09/2006/EV-10; 19. 4. 2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15. 2. 2008, N/0015-BVA/10/2008-011; 16. 6. 2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11; 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054, JusGuide 2008/19/589 [VwGH]).

Wien, am 17. Mai 2011

Der Vorsitzende des Senates 10

Mag. Hubert Reisner