



N/0098-BVA/08/2011-EV19

Betreff: Vergabeverfahren Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP 133 Tiefbohrungen "Tulfer" offenes Verfahren im Unterschwellenbereich, Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer eV

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag Reinhard Grasböck, gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 als einzelnes Mitglied betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich einer Zuschlagsentscheidung vom 27.9.2011, die im offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich *Eisenbahnachse München - Verona, Brenner Basistunnel, AP 133 Tiefbohrungen "Tulfer"* namens der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE an die Antragstellerin, die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der A1*** und 2. der A2*** versandt wurde, über den diesbezüglich am 3.10.2011 antragstellerinnenseits gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, *im offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe der Tiefbohrungen "Tulfer" werde der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE die Erteilung des Zuschlags untersagt, wie folgt entschieden:*

S p r u c h

Der Auftraggeberin Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE ist es hiermit für die Dauer des gegenständlichen beim Bundesvergabeamt zur Geschäftszahl N/0098-BVA/08/2011 geführten Nachprüfungsverfahrens **untersagt, den Zuschlag** im offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich Ausschreibung "*AP 133 Tiefbohrung Tulfer*", **zu erteilen.**

Rechtsgrundlagen: §§ 313, 328 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15; § 13 AVG

B e g r ü n d u n g

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

Die beim Bundesvergabeamt in Streit gezogene Auftraggeberin *Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE* ist eine Europäische Aktiengesellschaft gemäß der Verordnung 2157/2001/EG, die ihren Sitz seit 1.7.2011 in Italien und in Innsbruck/Tirol eine Niederlassung hat.

Bis 30.6.2011 befand sich der Sitz in Österreich und eine Niederlassung in Italien.

Im Internetauftritt der Auftraggeberin unter www.bbt-se.com ist diesbezüglich aktuell Folgendes veröffentlicht:

R e c h t s s i t z w e c h s e l t n a c h I t a l i e n

Mit 1. Juli 2011 wechselte der Rechtssitz der Europäischen Gesellschaft Brenner Basistunnel BBT SE nach Italien. Gemäß Staatsvertrag, den die Regierungen der beiden Staaten Italien und Österreich am 30.04.2004 unterzeichneten, wurde der Rechtssitz der Gesellschaft mit Beginn der Hauptbauphase von Innsbruck nach Bozen verlegt.

Was sich ändert: *Die Änderungen betreffen im Wesentlichen die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Ausschreibung und Durchführung der Vergabeverfahren, die die BBT SE zur Vergabe von Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträgen durchführen muss: Diese werden nun nach dem italienischen und nicht mehr nach dem österreichischen Vergaberecht abgewickelt. Der Gerichtsstand bei allfälligen Rechtsstreitigkeiten ist nicht mehr das Landesgericht Innsbruck, sondern das Regionale Verwaltungsgericht Bozen.*

Was bleibt: *Die Büroeinheiten der Gesellschaft bleiben physisch unverändert, mit dem einzigen Unterschied, dass sich der bisherige Hauptsitz (Innsbruck) ab heute in Bozen und der bisherige Zweitsitz (Bozen) ab heute in Innsbruck befindet. Auch das dualistische System der Geschäftsführung sowie die Zusammensetzung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bleiben unverändert.*

Der Weg, um dieses wichtige Ziel zu erreichen, war mit beachtlichem Aufwand verbunden; den chronologisch gesehen jüngsten Meilenstein stellt die Erteilung des Auftrags zur Abwicklung der Bauphase am 18. April diesen Jahres durch die Aktionäre der BBT SE dar.

Die Auftraggeberin ist abseits ihrer gesellschaftsrechtlichen Grundlagen legislativ insb auch im BBT AG - Gesetz BGBl I 2004/87 idF BGBl I 2006/125 und im bilateralen völkerrechtlichen Vertrag BGBl III 2006/177 vorgezeichnet.

Die Auftraggeberin wurde jedenfalls bis zum oben aufgezeigten Sitzwechsel unstrittig als dem Vergabekontrolljudizium des Bundesvergabeamts unterliegend bewertet - siehe dazu umfassend BVA 3.7.2007, N/0054-BVA/07/2007-60 bzw dem folgend BVA 15.9.2009, N/0081-BVA/10/2009-60.

Die Auftraggeberin hat das streitgegenständliche, im Spruch bezeichnete Vergabeverfahren nach dem Billigstbieterprinzip im Juni 2011 durch eine in Österreich im Unterschwellenbereich vorgenommene Vergabebekanntmachung bzw durch eine gemeinschaftsweite Vergabebekanntmachung eingeleitet. In der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung wurde auftraggeberseits das BVA als für den Rechtsschutz zuständige Vergabekontrollbehörde bezeichnet.

Zeitlich danach fand der oben aufgezeigte Sitzwechsel statt.

Die Auftraggeberin hat in den Vergabeunterlagen auch eine österreichische Kontaktadresse gemäß § 43 Abs 6 BVergG 2006 angegeben.

In Punkt 2. der mit 17.6.2011 datierten "Ausschreibungsgrundlagen" wird insb das BVergG 2006 als für die streitige Vergabe als anwendbar normiert, wobei eine derartige materiellrechtliche Rechtswahl für den Bereich der vorvertraglichen Rechtsverhältnisse - rechtlich vorwegnehmend - gemäß den Art 3, 9, 10, 12 und 13 der Verordnung 593/2008/EG, der sog Rom I - Verordnung, nach der hier vertretenen Auffassung auch rechtlich grundsätzlich zulässig erscheint, soweit dadurch nicht den unionsrechtlichen (Vergabe-) Vorschriften bzw den unionsrechtskonform bestehenden Eingriffsnormen iSd Art 9 Rom I - Verordnung zuwider gehandelt wird.

Vergabegegenständlich sind Tiefbohrungsleistungen auf italienischem Hoheitsgebiet.

Bei der Auftraggeberin langten zwei Angebote ein.

Jenes der nunmehrigen Antragstellerin ist einer Bietergemeinschaft zurechenbar, deren federführendes Mitglied in St. G*** in der Schweiz situiert ist. Das zweite Mitglied ist in Bo***, Italien, ansässig. Im Angebot der Antragstellerin ist eine schweizerische Kontaktadresse iSd § 43 Abs 6 BVergG 2006 angegeben.

In der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung wurde das Angebot einer weiteren Bietergemeinschaft für die nachmalige Zuschlagserteilung ausgewählt. Im Angebot der präsumtiven Bestbieterin haben sich eine in Italien ansässige federführende Gesellschaft und eine in der Schweiz ansässige Aktiengesellschaft, letztere mit einer zusätzlichen österreichischen Postadresse in Do***, zur Angebotslegung etc zusammengeschlossen, wobei im Angebot eine italienische Kontaktadresse gemäß § 43 Abs 6 BVergG 2006 aufscheint.

Die präsumtive Bestbieterin hat mittlerweile eine Salzburger Rechtsanwaltskanzlei gegenüber dem BVA als Vertreterin nominiert, womit insb ein Vorgehen gemäß

§ 10 Zustellgesetz bzw eine sonstige internationale Zustellung iZm § 324 Abs 3 BVergG 2006 durch das BVA unterbleiben konnte.

Beim BVA wurde am 3.10.2011 vorerst zu N/0096-BVA/08/2011 ein Nachprüfungs- und eV - Antrag protokolliert, deren jeweilige Zurechnung singulär an die Federführerin der antragstellenden Bietergemeinschaft naheliegen. Diese Anträge sind zwischenzeitig - *ohne Abklärungsnotwendigkeit der Zulässigkeit einer actio pro societate im Nachprüfungsverfahren vor dem BVA bei einer Bietergemeinschaft mit indiziell italienischem Personalstatut iSd § 12 IPRG etc* - zurückgezogen.

Zu N/0098-BVA/08/2011 wurden schließlich am 3.10.2011 danach auch noch ein Nachprüfungs- und ein eV - Antrag eindeutig im Namen der anbotlegenden Bietergemeinschaft beim BVA protokolliert. Dieser wurde auch neuerlich gemäß § 318 BVergG 2006 vergebührt - lfd Nr 15 des Verwaltungsakts.

In diesem Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung bringt die Antragstellerin insb vor, dass die präsumtive Bestbieterin im Eignungspunkte erforderliche Referenzen nicht aufweisen würde, da in den "Ausschreibungsgrundlagen" in Punkt 6.4.4.1. verlangt wäre, dass der Bieter bzw die Bietergemeinschaft bereits eine in bestimmter Form qualifizierte Vertikalbohrung durchgeführt hätte.

Der Name der präsumtiven Bestbieterin wäre bei der Angebotseröffnung nicht verlesen worden. Die dort als Bieterin verlesene italienische Erstgesellschafterin der präsumtiven Bestbieterin würde die geforderte Referenz nicht erbringen können, zumal insb eine Schrägbohrungsreferenz keine in der Ausschreibung geforderte Vertikalbohrungsreferenz sei.

Im Angebotseröffnungsprotokoll scheinen jeweils nur die Namen der Federführerinnen der beiden anbotlegenden Bietergemeinschaften auf, wobei die Auftraggeberin in ihrer Eingabe, lfd Nr 14, vorbringt, dass bei Angebotseröffnung alle Mitglieder der Bietergemeinschaft verlesen worden wären.

Als Interessen am spruchgegenständlichen eV - Begehren brachte die Antragstellerin sonst drohende finanzielle Nachteile bzw Referenzinteressen vor.

Die Auftraggeberin brachte keine Interessen wider die beantragte eV vor.

Es sind auch sonst keine besonderen öffentlichen Interessen bzw sonstige Interessen vorgebracht bzw bekannt geworden, die gegen die begehrte Provisorialmaßnahme sprechen,

zumal - dies rechtlich vorwegnehmend - mangels Einwands der Auftraggeberin gegen die Sicherungsmaßnahme die Interessen der präsumtiven Bestbieterin rechtlich die Sicherungsinteressen der Antragstellerin zumindest für die Dauer von sechs Wochen nicht überwiegen; muss doch auch die präsumtive Bestbieterin *ipso iure* bei einer von ihr unbekämpft gelassenen Anwendung des BVergG 2006 ausweislich der §§ 112 Abs 4 bzw 260 Abs 4 jeweils iVm § 326 BVergG 2006 mit einer sechswöchigen Verlängerung des Zuschlagsverfahrens rechnen.

Bislang stehen insb auch keine Tatsachen fest, dass das Nachprüfungsverfahren über den Nichtigerklärungsantrag (wesentlich) länger als sechs Wochen ab Antragstellung - als dem in § 326 BVergG 2006 festgelegten Entscheidungszeitraum des BVA - dauern würde.

Nach den Angaben der Auftraggeberin ist der Zuschlag bislang nicht erfolgt; und ist das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen worden.

2. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten zu N/0096 und 0098-BVA/08/2011; und den auftraggeberseits vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als im Internet auffindbar, notorisch, bzw insb gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 unstrittig zu Grunde gelegt werden konnten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.0. Die zentral einschlägigen nationalen Gesetzesbestimmungen des BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 für die hier zu treffende Provisorialentscheidung lauten:

§ 291. (1) Beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend ist ein Bundesvergabeamt mit Sitz in Wien einzurichten.

(2) Das Bundesvergabeamt übt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne dieses Bundesgesetzes aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (Art. 14b Abs. 2 B-VG). Das Bundesvergabeamt übt die ihm auf Grund dieses Bundesgesetzes zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz aus.

(3) ...

[...]

Allgemeine Bestimmungen

Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesvergabeamt ist nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Unterabschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Unterabschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Unterabschnitt) zuständig.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesvergabeamt zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt ...

[...]

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat 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.

(2) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist beim Bundesvergabeamt einzubringen. Er hat zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 320 Abs. 1 genannten Voraussetzungen,
3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(3) Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 321 festgelegten Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.

(4) Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, in weiterer Folge aber bis zum Ablauf der in § 321 bezeichneten Frist kein zulässiger Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der im Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezeichneten Rechtswidrigkeit gestellt oder ein bereits gestellter Nachprüfungsantrag nach Ablauf der Antragsfrist wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung formlos einzustellen. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in diesem Fall mit Ablauf der in § 321 bezeichneten Frist bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft. Der Antragsteller und der Auftraggeber sind vom Außer-Kraft-Treten der einstweiligen Verfügung zu verständigen.

(5) Das Bundesvergabeamt hat den betroffenen Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird, unverzüglich zu verständigen. Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die Untersagung des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung, die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bis zur Entscheidung über den Antrag

1. bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen oder die Rahmenvereinbarung nicht abschließen, bzw.
2. bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw.
3. die Angebote nicht öffnen.

(6) Das Bundesvergabeamt hat in der Verständigung an den Auftraggeber vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung auf die Rechtsfolgen der Antragstellung hinzuweisen.

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

Erlassung der einstweiligen Verfügung

§ 329. (1) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt 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.

(2) Ein entgegen einer Anordnung in einer einstweiligen Verfügung erteilter Zuschlag, erfolgter Abschluss einer Rahmenvereinbarung bzw. erklärter Widerruf des Vergabeverfahrens ist absolut nichtig bzw. unwirksam.

(3) Mit einer einstweiligen Verfügung können 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.

(4) In einer einstweiligen Verfügung ist 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.

(5) [...].

Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 330. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

(2) Parteien des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind der Antragsteller und der Auftraggeber.

(3) Über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sieben Werktagen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden. Musste der Antrag zur Verbesserung zurückgestellt werden, ist über ihn längstens binnen zehn Werktagen zu entscheiden. Die Frist ist gewahrt, wenn die Erledigung an alle Parteien nachweislich vor ihrem Ablauf abgesendet wurde.
[...]

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags

3.1.1. Zur anwendbaren nationalen Rechtslage

Der Bundesgesetzgeber hat mit § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG - Novelle gemäß Bundesgesetz BGBl I 2010/15 angeordnet, dass - soweit hier relevant - nach dem 5.3.2010 eingeleitete Vergabeverfahren und Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 zu beurteilen sind.

Zitate Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) und insb solche der §§ 328ff BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich - mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010 /15.

3.1.2. Zur Vergabekontrollzuständigkeit des BVA rücksichtlich der Auftraggeberin mit Sitz in Italien

3.1.2.1. Vergabekontrollverfahren vor dem BVA sind Streitigkeiten über zivile Rechte isd Art 6 MRK - VfSlg 15.668; das materielle Vergaberecht nach dem BVergG 2006 stellt (im Wesentlichen) ein in Umsetzung der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG ergangenes Sonderzivilrecht zur Regelung vorvertraglicher Rechte und Pflichten für die im persönlichen Anwendungsbereich der besagten Richtlinien liegenden öffentlichen und Sektorenauftraggeber dar, wobei die zivilrechtlichen Rechtsfolgen und Rechtsschutzmöglichkeiten unionsrechtlich den Rechtsschutzanforderungen der

RL 89/665/EWG bzw der RL 92/13/EWG jeweils idF RL 2007/66/EG entsprechen müssen.

In Österreich besteht hierzu eine Sonderkompetenzverteilung gemäß Art 14b B-VG.

3.1.2.2. Das BVA ist unstreitig ein Gericht iSd Art 267 AEUV - siehe dazu zB EuGH Rs C- 454/06; es ist auch ein Gericht gemäß Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (= GRC) - VwGH 2011/04/0043.

Das BVA entscheidet dabei als unabhängige Instanz durch Organwalter, die unionsrechtlich den (sonstigen) Richtern gleichgestellt sind - siehe dazu Art 2 Abs 9 der RL 89/665/EWG bzw 92/13/EWG jeweils idF RL2007/66/EG iVm Art 83, 87 und 88 B-VG.

3.1.2.3. Art 1 der V 44/2001/EG idgF, siehe dazu ABI L 12 v 16.1.2001, S 1, idF ABI L 328 v 14.12.2010, S 36, kurz bezeichnet auch als EuGVVO bzw als Brüssel I-VO, lautet:

KAPITEL I
ANWENDUNGSBEREICH
Artikel 1

(1) Diese Verordnung ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt. Sie erfasst insbesondere nicht Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten.

(2) Sie ist nicht anzuwenden auf:

a) den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, die ehelichen Güterstände, das Gebiet des Erbrechts einschließlich des Testamentsrechts;

b) Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren;

c) die soziale Sicherheit;

d) die Schiedsgerichtsbarkeit.

(3) In dieser Verordnung bedeutet der Begriff "Mitgliedstaat" jeden Mitgliedstaat mit Ausnahme des Königreichs Dänemark.

3.1.2.4. Bereits in seiner Organisationsform vor dem 1.9.2002 hat das BVA stetig mangels ausdrücklich gesetzlich normierter Zuständigkeit des BVA die Zivilgerichte gemäß § 1 JN als zum Judicium über Vergabestreitigkeiten berufen erachtet, womit insoweit seit jeher in Österreich von einer Zivilrechtspflege im Rahmen der Vergabekontrolle ausgegangen wurde - siehe zB BVA 9.7.2002, N32/02-7 betreffend die Vergabe einer Kassenplanstelle; bzw BVA 22.5.2000, N-19/00-7 betreffend die Widerrufsanzfechtung beim BVA, jeweils zur damaligen Rechtslage.

3.1.2.5. Die Qualifikation der Streitverfahren vor dem BVA als Zivilrechtsstreitigkeit iSd Art 1 Abs 1 der EuGVVO wird weiters durch einen Rechtsvergleich bestätigt,

wenn auch in Deutschland der BGH als Höchstgericht der dortigen Ziviljustiz stetig in Vergabekontrollangelegenheiten entscheidet - siehe zB BGH v 26.9.2006, X ZB 14/06 bzw v 10.11.2009, X ZB 8/09.

3.1.2.6. Sohin sind der in diesem Nachprüfungsverfahren der gegen die *Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE* gerichtete Nichtigerklärungsantrag und der dieses Rechtsgestaltungsbegehren absichernde Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als Zivil- und Handelssache iSd Art 1 Abs 1 EuGVVO zu beurteilen.

3.1.2.7. Eine Vergabekontrollzuständigkeit kommt für das BVA damit unionsrechtlich dann in Betracht, wenn sich eine solche, sprich ein "*Gerichtsstand*" aus den sonstigen Bestimmungen der EuGVVO ergibt.

3.1.2.7.1. Wenn die Auftraggeberin laut den Sachverhaltsfeststellungen trotz Sitzverlegung ab 1.7.2011 eine Niederlassung in Innsbruck hat, welche dieses streitige Vergabeverfahren eingeleitet hat, kommt als "Gerichtsstand" insoweit vorerst derjenige der Zweigniederlassung gemäß Art 5 Z 5 EuGVVO in Betracht.

3.1.2.7.2. Wenn die Auftraggeberin unstrittig in der EU (Italien als Hauptsitz und Niederlassung in Österreich) ansässig ist, kann nach Art 23 EuGVVO die Zuständigkeit des BVA - als Gericht iSd EuGVVO - auch vereinbart werden.

Die Antragstellerin hat durch ihre an das BVA gerichteten Anträge die Rechtsschutzzuständigkeit des BVA behauptet. Die Auftraggeberin hat dies nicht vor dem BVA bestritten, sondern vielmehr sogar zuvor in ihren das Vergabeverfahren einleitenden Bekanntmachungen das BVA als Rechtsschutzeinrichtung für das streitige Vergabeverfahren benannt.

Das BVA geht daher für dieses Provisorialverfahren gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 mangels gegenteiliger Parteibehauptungen davon aus, dass gegenüber der Antragstellerin, der Auftraggeberin und der präsumtiven Bestbieterin entsprechend den durch das europäische Vergaberecht (scil insb: RL 2004/17/EG, RL 2004/18/EG, RL 2997/66/EG) entstandenen vorvertraglichen Gepflogenheiten (Angabe der Rechtsschutzbehörde in der Bekanntmachung; Unterlassung der Bestreitung bzw Bekämpfung dieser Festlegung; nachmalige Inanspruchnahme des BVA durch einen rechtsschutzsuchenden Bieter) der Gerichtsstand, sprich die Zuständigkeit, beim BVA - auch unbeschadet der allfälligen Provisorialmaßnahmezuständigkeit gemäß Art 31 EuGVVO - jedenfalls gemäß

Art 23 Abs 1 lit b EuGVVO über eine Zuständigkeitsvereinbarung für diese Streitsache gegeben ist,

womit die Vergabekontrollentscheidungen des BVA für das streitige Tiefbohrungsvorhaben auf italienischen Gebiet insoweit auch gemäß Art 32ff EuGVVO grundsätzlich anerkennungsfähig erscheinen.

3.1.2.7.3. § 6 Abs 2 AVG, der über Art II Abs 2 lit C Z 37 für das BVA grundsätzlich gilt, erscheint rücksichtlich des Vorstehenden unionsrechtlich durch Art 23 EuGVVO verdrängt - zur Verdrängung siehe *Hetmeier* in *Lenz/Borchardt*, EU - Verträge⁵ Art 288 AEUV Rn 36; ohne dass wegen des oben aufgezeigten Bezugs des streitigen Vergabegeschehens (auch) zur Schweiz noch näher erörtert werden müsste, ob sich gegenständlich allenfalls eine Zuständigkeit des BVA gemäß dem sogenannten LGVÜ II, Abl L 339 v 21.12.2007 idgF bzw aus sonstigen völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz mit der EU ergibt.

3.1.3. Zu den (sonstigen) formalen Antragserfordernissen

In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung im Wesentlichen jene Mindestinhalte vorhanden, die § 328 Abs 2 BVergG 2006 für einen eV - Antrag vorschreibt.

Die Antragstellerin hat auch die über § 318 BVergG 2006 iVm der Verordnung BGBl II 2010/72 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren entrichtet.

Es sind bislang keine Tatsachen ersichtlich, auf Grund derer der Antragstellerin das Vertragsabschlussinteresse oder der drohende Schaden jeweils offensichtlich gemäß §§ 320 Abs 1 iVm 328 Abs 1 BVergG 2006 abzusprechen wären, zumal aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens zu Lasten der Antragstellerin iSv VwGH Zlen 2005/04/0200, 2005/04/0181, 2007/04/0095 und 2009/04/0207 noch keine Ausscheidensgründe ersichtlich sind, die ohne weitere Erörterung im Nachprüfungsverfahren gemäß Art 6 MRK iVm §§ 37 und 39 AVG bereits jetzt zur Zurück- bzw Abweisung des Sicherungsbegehrens wegen Aussichtslosigkeit des Nachprüfungsbegehrens iSv EuGH Rs C-424/01 zu führen hätten.

3.2. Inhaltliche Beurteilung

§ 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 verlangt vom Antragsteller auch im Provisorialverfahren die Bezeichnung der gesondert anfechtbaren Entscheidung, die im Nachprüfungsantrag bekämpft wird.

Wenn nunmehr § 329 Abs 4 BVergG 2006 jedwede eV spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesvergabeamts über den Nichtigkeitsantrag wider die gesondert anfechtbare Entscheidung außer Kraft treten lässt, ist damit ersichtlich, dass die eV nach den §§ 328ff BVergG 2006 ausschließlich zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 dient.

Rechtserhebliche Sicherungsinteressen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 sind daher der Antragstellerin insoweit zuzubilligen, als mit der Provisorialentscheidung verhindert wird, dass das Nachprüfungsbegehren auf Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 während des Nachprüfungsverfahrens unzulässig bzw sonst sinnentleert würde.

Interessen der Auftraggeberin, anderer Bieter oder aber sonstige besondere öffentliche Interessen, die gegen die eV sprechen würden, können für die derzeit absehbare Dauer des Nachprüfungsverfahrens N/0098-BVA/08/2011 nicht erkannt werden, zumal die Auftraggeberin keine gegen die eV-Entscheidung sprechenden Interessen ins Treffen führte, womit über dieses Einverständnis aktuell auch keine rechtserheblichen Interessen anderer Bieter wider die beantragte eV ersichtlich sind.

Sohin war das Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens als Sicherungsmaßnahme geboten und auszusprechen, um die drohende Unzulässigkeit des Rechtsgestaltungsbegehrens der Antragstellerin gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 zu verhindern, denn die Zuschlagserteilung ist in der gegebenen Situation jener nachmalig naheliegende Teilakt des Vergabeverfahrens, der dem oben aufgezeigten Sicherungszweck der eV im rechtserheblich gegebenen Sachverhalt gemäß §§ 328ff BVergG 2006 zuwiderlaufen könnte.

Die verhängte Sicherungsmaßnahme, in welche die Auftraggeberin mangels gegenteiliger Argumente einwilligte, ist zudem auch das gemäß §§ 328 Abs 2 Z 5 iVm 329 BVergG 2006 gelindeste geeignete Mittel zur Erreichung des aufgezeigten Sicherungszwecks.

Zur Dauer der Provisorialmaßnahmen ist auszuführen, dass eine eV *für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens* nach derzeitiger hA gemäß § 329 Abs 4 BVergG 2006 als

hinreichend befristet zu bewerten ist - vgl zB nur BVA 16.6.2009, N/0058-BVA/10/2009-EV11.

Auf Basis der festgestellten Tatsachen steht zudem derzeit insb auch nicht fest, dass das Nachprüfungsverfahren (wesentlich) länger als in § 326 BVergG 2006 vorgesehen dauern würde; wobei bei einer erst zu erweisenden längeren Dauer als sechs Wochen mitunter Interessen gemäß § 329 Abs 1 BVergG 2006 gegen die Aufrechterhaltung der eV sprechen könnten.

Wien, am 10.10.2011
Der Vorsitzende des Senats 8
OR Mag Reinhard Grasböck