

TE Verg Bescheid 2009/8/20 N/0087-BVA/03/2009-09EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.08.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §2 Z41

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

WRG 1959 §87

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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 § 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. WRG 1959 § 87 heute
2. WRG 1959 § 87 gültig ab 22.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2003
3. WRG 1959 § 87 gültig von 01.01.2000 bis 21.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/1999
4. WRG 1959 § 87 gültig von 01.10.1997 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 74/1997
5. WRG 1959 § 87 gültig von 01.11.1959 bis 30.09.1997

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "ABA Karnische Region BA 15 - ON Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen, Stranig, Goderschach, VS-Gail 5. Teil; GWVA-Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen; Marktgemeinde Kirchbach - diverse Nebenarbeiten" der Auftraggeber, Abwasserverband Karnische Region, Wulfeniaplatz 1/5, 9620 Hermagor und Marktgemeinde Kirchbach, 9632 Kirchbach Nr. 155, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der 1. A*** Baugesellschaft m. b.H. & Co KG, 2. der B*** Hoch- und Tiefbau GmbH sowie 3. der C*** Baugesellschaft mbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, datiert 13.8.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 14.8.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "ABA Karnische Region BA 15 - ON Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen, Stranig, Goderschach, VS-Gail 5. Teil; GWVA-Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen; Marktgemeinde Kirchbach - diverse Nebenarbeiten" der Auftraggeber, Abwasserverband Karnische Region, Wulfeniaplatz 1/5, 9620 Hermagor und Marktgemeinde Kirchbach, 9632 Kirchbach Nr. 155, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus der 1. A*** Baugesellschaft m. b.H. & Co KG, 2. der B*** Hoch- und Tiefbau GmbH sowie 3. der C*** Baugesellschaft mbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, datiert 13.8.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 14.8.2009, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge den Antragsgegnerinnen mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "ABA Karnische Region BA 15 - ON Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen, Stranig, Goderschach, VS-Gail

1. 5.Ziffer 5
Teil; GWVA-Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen; Marktgemeinde Kirchbach - diverse Nebenarbeiten" untersagen, wird stattgegeben.

Den Auftraggebern, Abwasserverband Karnische Region, Wulfeniplatz 1/5, 9620 Hermagor und Marktgemeinde Kirchbach, 9632 Kirchbach Nr. 155, wird für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "ABA Karnische Region BA 15 - ON Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen, Stranig, Godersbach, VS-Gail 5. Teil; GWVA-Gundersheim, Grafendorf, Griminitzen; Marktgemeinde Kirchbach - diverse Nebenarbeiten" den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage:§§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergGRechtsgrundlage:§§ 328 Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte am 13.8.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 14.8.2009, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG sowie einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG verbunden mit einem Antrag, dem Wiedereinsetzungsantrag aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.Die Antragstellerin stellte am 13.8.2009, eingelangt beim Bundesvergabeamt am 14.8.2009, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung u n d auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG sowie einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, AVG verbunden mit einem Antrag, dem Wiedereinsetzungsantrag aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Begründend brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Unvollständigkeit des Angebots und mangelnder Befugnis ausgeschlossen hätte werden müssen.

Die Auftraggeber haben die gegenständlichen Bauleistungen in einem offenen Verfahren bekanntgegeben. Gemäß Angebotsschreiben handle es sich um ein Vergabeverfahren nach dem Billigstbieterprinzip im Unterschwellenbereich. Die Angebotsöffnung sei am 12.5.2009 erfolgt. Im Protokoll der Angebotseröffnung sei bei den einzelnen Bietern jeweils die Gesamtangebotssumme vermerkt und auch welche Beilagen dem Angebot angeschlossen gewesen seien. Das billigste Angebot stamme von der D*** GmbH. An 2. Stelle sei jenes der E*** Bau GmbH, an 3. Stelle das Angebot der F*** GmbH und an 4. Stelle sei das Angebot der antragstellenden Bietergemeinschaft gereiht.

Mit Telefax vom 31.7.2009 sei der antragstellenden Bietergemeinschaft die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der E*** Bau GmbH mitgeteilt worden, wobei als Ende der Stillhaltefrist der 14.8.2009 anstelle der für den Unterschwellenbereich maßgebliche 7.8.2009 genannt worden sei.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der nunmehrige Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin führte aus, sich in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags sowie in ihrem Recht auf Ausscheidung der vor ihrem Angebot gereihten, nicht ausschreibungskonformen Angebote sowie in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Fairness im Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf eine vollständige gesetzeskonforme Prüfung der Angebote verletzt zu erachten.

Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung, so die Antragstellerin, gründe darin, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus zwei Gründen ausgeschlossen hätte werden müssen: Zum einen sei das Angebot unvollständig. Es enthalte nicht alle Beilagen die in der Ausschreibung als zwingend erforderliche Bestandteile eines gültigen Angebotes festgelegt worden seien und zwar bei "sonstigem Ausscheiden". Demnach hätte bei ordnungsgemäßer Prüfung der Angebote jedes Angebot zunächst auf seine Vollständigkeit und seine Übereinstimmung mit B20 der Ausschreibungsbedingungen geprüft werden müssen. Bei Fehlen zwingender Bestandteile des Angebotes müsse der Auftraggeber entsprechend seiner eigenen Festlegung mit einem sofortigen Ausscheiden des Angebotes vorgehen. Das Angebot der D*** GmbH sei offensichtlich auch tatsächlich ausgeschlossen worden, jenes der E*** Bau GmbH jedoch nicht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte jedoch wegen Unvollständigkeit und aufgrund der Festlegung in B20 der Ausschreibungsunterlagen ebenfalls ausgeschlossen werden müssen.

Zum Anderen sei die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch nicht befugt, die Arbeiten auszuführen. So bestehe ein wesentlicher Teil der ausgeschriebenen Leistung in der Verlegung von Trinkwasserleitungen. Für die Ausführung einer Trink- und Nutzwasserleitung benötige sie die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 110 GewO, worüber die präsuntive Zuschlagsempfängerin jedoch nicht verfüge. Diese habe offenbar auch keine Subunternehmer für diesen Leistungsteil vorgesehen. Da diese selbst zur Ausführung diese Leistung nicht befugt sei, hätte ihr Angebot daher ebenfalls ausgeschieden werden müssen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin könne sich auch nicht auf § 32 Abs 1 Z 1 2. Fall GewO stützen, da es sich gegenständlich nicht um geringe Leistungen, sondern um einen wesentlichen Teil des Auftrages handle. Dies zeige sich schon allein daran, dass die Wasserleitungsarbeiten im Angebot der Antragstellerin rund 12 % der Gesamtleistung ausmachten. Darüberhinaus seien die Wasserleitungsarbeiten in zwei Obergruppen der Ausschreibung detailliertest geregelt. Es handle sich um eine besonders sensible Arbeit, weil die Trinkwasserversorgung der Bevölkerung dabei auf dem Spiel stehe. Hierfür brauche es insbesondere für die Rohrverbindungen entsprechender Fachkenntnisse. Dies komme auch im Text der Ausschreibung zum Ausdruck und werde dazu auf die Seiten 33 ff der Ausschreibung verwiesen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin sei zu diesen Arbeiten weder als Baumeister gemäß § 99 GewO noch iSd § 31 GewO befugt noch verfüge sie über die notwendige Gewerbeberechtigung für Gas- und Sanitärtechnik.

Zum Anderen sei die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch nicht befugt, die Arbeiten auszuführen. So bestehe ein wesentlicher Teil der ausgeschriebenen Leistung in der Verlegung von Trinkwasserleitungen. Für die Ausführung einer Trink- und Nutzwasserleitung benötige sie die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik gemäß Paragraph 110, GewO, worüber die präsuntive Zuschlagsempfängerin jedoch nicht verfüge. Diese habe offenbar auch keine Subunternehmer für diesen Leistungsteil vorgesehen. Da diese selbst zur Ausführung diese Leistung nicht befugt sei, hätte ihr Angebot daher ebenfalls ausgeschieden werden müssen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin könne sich auch nicht auf Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Fall GewO stützen, da es sich gegenständlich nicht um geringe Leistungen, sondern um einen wesentlichen Teil des Auftrages handle. Dies zeige sich schon allein daran, dass die Wasserleitungsarbeiten im Angebot der Antragstellerin rund 12 % der Gesamtleistung ausmachten. Darüberhinaus seien die Wasserleitungsarbeiten in zwei Obergruppen der Ausschreibung detailliertest geregelt. Es handle sich um eine besonders sensible Arbeit, weil die Trinkwasserversorgung der Bevölkerung dabei auf dem Spiel stehe. Hierfür brauche es insbesondere für die Rohrverbindungen entsprechender Fachkenntnisse. Dies komme auch im Text der Ausschreibung zum Ausdruck und werde dazu auf die Seiten 33 ff der Ausschreibung verwiesen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin sei zu diesen Arbeiten weder als Baumeister gemäß Paragraph 99, GewO noch iSd Paragraph 31, GewO befugt noch verfüge sie über die notwendige Gewerbeberechtigung für Gas- und Sanitärtechnik.

Darüberhinaus sei auch das Angebot der F*** GmbH zu prüfen. Soweit erkennbar, sei auch dieses Angebot unvollständig. Es fehlten offenbar der Personaleinsatzplan und die Beschreibung der Referenzprojekte. Die F*** GmbH verfüge jedoch ebenfalls nicht über die Gewerbeberechtigung für Gas- und Sanitärtechnik iSd § 110 GewO. Dies gelte auch für die angeblich vorgesehene Subunternehmerin. Die Ausführungen betreffend fehlende Befugnis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin würden gleichlautend auch für die F*** GmbH gelten. Da somit auch das Angebot der F*** GmbH auszuschneiden sei, komme das Angebot der Antragstellerin zum Zug. Die aufgezeigte Rechtswidrigkeit sei daher für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant, die angefochtene Zuschlagsentscheidung daher rechtswidrig, vielmehr sei der Zuschlag dem Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Darüberhinaus sei auch das Angebot der F*** GmbH zu prüfen. Soweit erkennbar, sei auch dieses Angebot unvollständig. Es fehlten offenbar der Personaleinsatzplan und die Beschreibung der Referenzprojekte. Die F*** GmbH verfüge jedoch ebenfalls nicht über die Gewerbeberechtigung für Gas- und Sanitärtechnik iSd Paragraph 110, GewO. Dies gelte auch für die angeblich vorgesehene Subunternehmerin. Die Ausführungen betreffend fehlende Befugnis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin würden gleichlautend auch für die F*** GmbH gelten. Da somit auch das Angebot der F*** GmbH auszuschneiden sei, komme das Angebot der Antragstellerin zum Zug. Die aufgezeigte Rechtswidrigkeit sei daher für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant, die angefochtene Zuschlagsentscheidung daher rechtswidrig, vielmehr sei der Zuschlag dem Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, sie strebe den Abschluss des ausschreibungsgegenständlichen Bauauftrages an. Sie habe sich an gegenständlichem Vergabeverfahren beteiligt, ein zuschlagsfähiges Angebot gelegt. und möchte den Zuschlag erhalten. Die Antragstellerin sei der Überzeugung, dass die Angebote der vor ihr gereihten billigeren Bieter ausgeschieden hätten werden müssen. Die Antragstellerin habe daher ein Recht darauf, dass ihrem Angebot der Zuschlag erteilt werde.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, dass durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeber der Antragstellerin die Möglichkeit genommen, werde, den Zuschlag zu erhalten. Der Schaden setze sich zusammen aus dem entgangenen Gewinn - der, wie sich aus den vorgelegten K7-Blättern ergebe, 3 % der Auftragssumme von Euro 6.778.195,43, sohin Euro 203.345,86 betrage - und dem Beitrag, den dieses Bauvorhaben zu den Allgemeinkosten geleistet hätte. Die Antragstellerin habe mit einem Zuschlag zu den Geschäftsgemeinkosten (Umlage) in Höhe von 7 % kalkuliert. Erhalte die Antragstellerin den Auftrag nicht, entgehe ihr nicht nur der kalkulierte Gewinn, sondern auch der Beitrag, den dieses Bauvorhaben zu den Allgemeinkosten geleistet hätte, somit ein zusätzlicher Schaden von Euro 474.473,68.-. Insgesamt seien dies daher Euro 677.819,54.-. Zudem drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Zur Rechtzeitigkeit des Antrages führte die Antragstellerin aus, dass es sich nach den Festlegungen der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen um eine Beschaffung im Unterschwellenbereich handle. In der Zuschlagsentscheidung, die der Antragstellerin mit Telefax vom 31.07.2009 bekannt gegeben worden sei, sei jedoch das Ende der Stillhaltefrist mit 14.08.2009 angegeben worden. Dies sei länger als die im Unterschwellenbereich geltende Frist. Aufgrund der Vorgabe in der Zuschlagsentscheidung sei jedoch der 14.08.2009 verbindlich und der Antrag daher noch rechtzeitig. Werde die Stillhaltefrist in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung falsch, weil irrtümlich mit 14 Tagen anstelle von 7 Tagen bekannt gegeben, könne der Bieter darauf vertrauen. Für den Fall, dass der erkennende Senat zu dem Ergebnis gelange, die Frist sei versäumt worden, werde daher ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG und der Antrag, dem Wiedereinsetzungsantrag aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, gestellt.

Zur Rechtzeitigkeit des Antrages führte die Antragstellerin aus, dass es sich nach den Festlegungen der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen um eine Beschaffung im Unterschwellenbereich handle. In der Zuschlagsentscheidung, die der Antragstellerin mit Telefax vom 31.07.2009 bekannt gegeben worden sei, sei jedoch das Ende der Stillhaltefrist mit 14.08.2009 angegeben worden. Dies sei länger als die im Unterschwellenbereich geltende Frist. Aufgrund der Vorgabe in der Zuschlagsentscheidung sei jedoch der 14.08.2009 verbindlich und der Antrag daher noch rechtzeitig. Werde die Stillhaltefrist in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung falsch, weil irrtümlich mit 14 Tagen anstelle von 7 Tagen bekannt gegeben, könne der Bieter darauf vertrauen. Für den Fall, dass der erkennende Senat zu dem Ergebnis gelange, die Frist sei versäumt worden, werde daher ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, AVG und der Antrag, dem Wiedereinsetzungsantrag aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, gestellt.

Zur beantragten Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf die bisherigen Ausführungen und erhob die angebotenen Beweismittel zum Vorbringen und zu Bescheinigungsmitteln dieses Antrages.

Die Auftraggeber erteilten in der Stellungnahme vom 19.8.2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führten aus, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen um Bauleistungen CPV Code 45231300 (Hauptgegenstand) und CPV Code 452333120 (Ergänzungsgegenstand) im Unterschwellenbereich handle. Der geschätzte Auftragswert betrage beim Auftraggeber Abwasserverband Karnische Region netto Euro 4.406.160,89.- und beim Auftraggeber Marktgemeinde Kirchbach netto Euro 1.783.225,61.- Für die Obergruppen 1-5 des Angebotes habe die Firma G*** GmbH den Prüfbericht erstattet und für die Obergruppen 6-8 die Firma H*** GmbH. Die Angebotsöffnung sei am 12.5.2009 erfolgt und habe folgende Reihung ergeben:

1. D*** GmbH Euro 5,481.153,22
2. E*** Bau GmbH Euro 6.189.386,50
3. F*** GmbH Euro 6.398.561,30
4. BG A*** etc. Euro 6.678.195,43

Nach Angebotsprüfung sei das Angebot der D*** GmbH ausgeschieden worden. Die Auftraggeber sprachen sich gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus mit der Begründung, es würde eine Bauzeitverzögerung eintreten und könne der Fertigstellungstermin vor Eintritt des Winterfrostes nicht eingehalten werden. Die Marktgemeinde Kirchbach habe mit der Herstellung der Wasserleitung die dringend gebotene Sanierung von Straßenzügen, insbesondere den Orten Gundersheim und Grafendorf, koordiniert und könnten dadurch erhebliche Einsparungen erzielt werden. Der Zustand der Straßenzüge sei derart desolat, dass die Marktgemeinde Kirchbach mit Haftungsfällen gemäß den Bestimmungen des §1319a ABGB zu rechnen habe. Es stehe daher im öffentlichen Interesse, allfällige Mehrkosten die durch die getrennte Sanierung des Straßenzustandes und Errichtung der Wasserversorgungsanlage,

sowie aus allfälligen Haftungsfällen zu verhindern bzw. abzuwehren. Die Wasserversorgungsanlage in der Marktgemeinde Kirchbach sei Anfang der 60er Jahre errichtet worden und die dabei verwendete Technologie (Gussrohre) sei längst überholt. Es müssten hohe Wasserverluste aus der Anlage in Kauf genommen werden und komme es auch ständig vermehrend zu Wasserrohrbrüchen, die zumindest zeitweise die Absperrung der Wasserversorgung verursachen. Die derzeitige Wasserversorgungsanlage werde von zwei Quellen gespeist. Diese Quellen würden eine unterschiedliche Wassergüte in der Wasserhärte aufweisen, wodurch es zu chemischen Reaktionen komme und Trinkwasserqualität in hygienischer Hinsicht nicht immer gewährleistet werden könne. Mit dem gegenständlichen Projekt würden die beiden Quellen streng getrennt, sodass es zu derartigen Beeinträchtigungen der Wasserqualität nicht kommen könne. Die hygienisch einwandfreie und sichere Wasserversorgung der Bevölkerung der Orte Gundersheim, Grafendorf und Griminitzen stehe im öffentlichen Interesse und sei die umgehende Umsetzung des gegenständlichen Projektes aus diesen Gründen dringend geboten. Jeder Verzug des Baubeginns führe zu einer Verlängerung der Beeinträchtigung der Ortsbewohner, weshalb beantragt werde, der beantragten einstweiligen Verfügung nicht Folge zu geben.

Aufgrund der Akteninhalte, der vorgelegten Unterlagen und der Stellungnahmen der Auftraggeber und der Antragstellerin wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt:

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im April 2009 schrieben der Abwasserverband Karnische Region und die Marktgemeinde Kirchbach gemeinsam im Zuge der Kanalbaumaßnahmen für die Errichtung eines weiteren Bauabschnittes BA15 seiner Abwasserreinigungsanlage begleitende Baumaßnahmen an der Gemeindewasserversorgungsanlage, Straßen, Ortsbeleuchtung, Tagwasserkanalisation und Binnenentwässerung nach dem Billigstbieterprinzip im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich aus. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als Gesamtfertigstellungszeitpunkt ist der 31.10.2011 vorgesehen. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Wiener Lieferanzeiger und Kärntner Landeszeitung) erfolgte nach Angaben der Auftraggeber am 16.4.2004 (Anm: Offensichtlicher Schreibfehler betreffend die Jahreszahl). Im April 2009 schrieben der Abwasserverband Karnische Region und die Marktgemeinde Kirchbach gemeinsam im Zuge der Kanalbaumaßnahmen für die Errichtung eines weiteren Bauabschnittes BA15 seiner Abwasserreinigungsanlage begleitende Baumaßnahmen an der Gemeindewasserversorgungsanlage, Straßen, Ortsbeleuchtung, Tagwasserkanalisation und Binnenentwässerung nach dem Billigstbieterprinzip im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich aus. Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Als Gesamtfertigstellungszeitpunkt ist der 31.10.2011 vorgesehen. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Wiener Lieferanzeiger und Kärntner Landeszeitung) erfolgte nach Angaben der Auftraggeber am 16.4.2004 Anmerkung, Offensichtlicher Schreibfehler betreffend die Jahreszahl).

Die Antragstellerin hat rechtzeitig neben 6 weiteren Bietern ein Angebot mit einer Angebotssumme von netto Euro 6.778.195,43 gelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.5.2009. und hat folgende Reihung ergeben:

- | | |
|------------------|-------------------|
| 1. D*** GmbH | Euro 5.481.153,22 |
| 2. E*** Bau GmbH | Euro 6.189.386,50 |
| 3. F*** GmbH | Euro 6.398.561,30 |
| 4. BG A*** etc. | Euro 6.678.195,43 |

Nach Angebotsprüfung wurde das billigste Angebot der D*** GmbH ausgeschieden und somit das Angebot der Antragstellerin an 3. Stelle gereiht.

Mit Telefax vom 31.7.2009 habe die Auftraggeber sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. E*** Bau GmbH, mit einer Vergabesumme von netto Euro 6,189,386,50.- bekanntgegeben und angeführt, dass die "Stillhaltefrist am 14.August 2009 endet".

Mit Schriftsatz vom 13. 8. 2009, protokolliert beim Bundesvergabeamt am 14.8.2009, hat die Antragstellerin die einleitend angeführten Anträge eingebracht mit der Begründung, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Unvollständigkeit des Angebots und mangelnder Befugnis

ausgeschieden hätte werden müssen. Ebenso hätte das Angebot der zweitgereihten F*** GesmbH ausgeschieden werden müssen. Bei rechtmäßiger Vorgangsweise wäre vielmehr dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Zusätzlich beantragte die Antragstellerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der Begründung, dass nach den Angaben der Antragsgegnerin die Stillhaltefrist am 14.08.2009 ende, dies jedoch länger sei als die im Unterschwellenbereich an sich geltende Frist. Aufgrund der Vorgabe in der Zuschlagsentscheidung sei jedoch der 14.08.2009 verbindlich und der Antrag noch rechtzeitig

Nach Angaben der Auftraggeber ist das vorliegende Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden sollen.

Wie sich aus der Stellungnahme der Auftraggeber ergibt, wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Verfahren widerrufen.

Die Ausschreibungsbestimmungen sind unbekämpft geblieben.

Die Verständigung der Auftraggeber ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 7.500.- bezahlt. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den genannten Quellen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG 2006 sind der Abwasserverband Karnische Region und die Marktgemeinde Kirchbach. Der Abwasserverband Karnische Region wurde auf Grundlage der §§ 87 ff WRG gegründet. Es handelt sich damit um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Verbandszweck ist die Reinigung von Abwässern sowie die Reinhaltung von Gewässern samt Beseitigung der angelaufenen Abfallstoffe. Diese Tätigkeit wird nicht gewerblich ausgeübt, da kein Wettbewerb in diesem Bereich stattfindet, Anschlusszwang besteht und die Tätigkeit der Abwasserentsorgung und -reinigung nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts und genießt daher Rechtsfähigkeit. Der Abwasserverbandverband Karnische Region ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Nach Angaben der Auftraggeber und den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen kann angenommen werden, dass der Teil der ausgeschriebenen Leistungen, die für den Abwasserverband Karnische Region zu erbringen sind (OG 1 anteilig 02,03,04 und 05), deutlich größer sind, als jene für die Marktgemeinde Kirchbach (OG 1 anteilig 06,07 und 08) zu erbringenden Leistungen, weshalb im Provisorialverfahren von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen wird. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG 2006 sind der Abwasserverband Karnische Region und die Marktgemeinde Kirchbach. Der Abwasserverband Karnische Region wurde auf Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG gegründet. Es handelt sich damit um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Verbandszweck ist die Reinigung von Abwässern sowie die Reinhaltung von Gewässern samt Beseitigung der angelaufenen Abfallstoffe. Diese Tätigkeit wird nicht gewerblich ausgeübt, da kein Wettbewerb in diesem Bereich stattfindet, Anschlusszwang besteht und die Tätigkeit der Abwasserentsorgung und -reinigung nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts und genießt daher Rechtsfähigkeit. Der Abwasserverbandverband Karnische Region ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Nach Angaben der Auftraggeber und den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen kann angenommen werden, dass der Teil der ausgeschriebenen Leistungen, die für den Abwasserverband Karnische Region zu erbringen sind (OG 1 anteilig 02,03,04 und 05), deutlich größer sind, als jene für die Marktgemeinde Kirchbach (OG 1 anteilig 06,07 und 08) zu erbringenden Leistungen, weshalb im Provisorialverfahren von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen wird.

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der G*** gmbh und der H*** GmbH im Auftrag und im Namen der Auftraggeber geführt. Diese fungieren daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006. Der gegenständliche

Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben der Auftraggeber netto Euro 4,406.160,89.- beim Auftraggeber Abwasserverband Karnische Region und beim Auftraggeber Marktgemeinde Kirchbach netto Euro 1,783.225,61.- (ohne USt). Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger ist erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 31.7.2009 sämtlichen Bietern bekanntgegeben. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der G*** gmbh und der H*** GmbH im Auftrag und im Namen der Auftraggeber geführt. Diese fungieren daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben der Auftraggeber netto Euro 4,406.160,89.- beim Auftraggeber Abwasserverband Karnische Region und beim Auftraggeber Marktgemeinde Kirchbach netto Euro 1,783.225,61.- (ohne USt). Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger ist erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 31.7.2009 sämtlichen Bietern bekanntgegeben. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand obliegt dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat und wird im Hauptverfahren zu klären sein. Aufgrund der kurz bemessenen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren wird daher zunächst im Zweifel zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin vorläufig davon ausgegangen, dass die Anträge binnen offener Frist gestellt worden sind (vgl. ähnlich BVA 16.5.2006, N/0032-BVA/12/2006-EV9). Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand obliegt dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Senat und wird im Hauptverfahren zu klären sein. Aufgrund der kurz bemessenen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren wird daher zunächst im Zweifel zu Gunsten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin vorläufig davon ausgegangen, dass die Anträge binnen offener Frist gestellt worden sind vergleiche ähnlich BVA 16.5.2006, N/0032-BVA/12/2006-EV9).

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 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 Bundesvergabeamt 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 § 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 Paragraph 329, Absatz eins, 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 2 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur

Entscheidung des Bundesvergabebeamtes 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.

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 der Auftraggeber die Vergabe an die E*** Bau GmbH 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 Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeber die Vergabe an die E*** Bau GmbH 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 Entscheidung 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 - wie oben ausführlich dargestellt - zusammengefasst im Erhalt des Auftrags und der Vermeidung des drohenden Schadens.

Den Einwendungen der Auftraggeber, das gegenständliche Projekt stehe unter großem Termindruck, eine Verzögerung durch eine einstweilige Verfügung würde den Fertigstellungstermin gefährden, mit der Verzögerung des Fertigstellungstermins gingen erhebliche Störungen einher, die zu großen Mehrkosten führen würden und müssten hohe Wasserverluste aufgrund der veralteten Wasserversorgungsanlage in Kauf genommen werden, ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen haben (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; Den Einwendungen der Auftraggeber, das gegenständliche Projekt stehe unter großem Termindruck, eine Verzögerung durch eine einstweilige Verfügung würde den Fertigstellungstermin gefährden, mit der Verzögerung des Fertigstellungstermins gingen erhebliche Störungen einher, die zu großen Mehrkosten führen würden und müssten hohe Wasserverluste aufgrund der veralteten Wasserversorgungsanlage in Kauf genommen werden, ist darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeber grundsätzlich bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen haben vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04;

BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8;

19.5.2006, N/0034-BVA/14/2006-EV4). Eine Verzögerung des Vergabeverfahrens um sechs Wochen ist im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes durchaus zumutbar.

Bei den Ausführungen der Auftraggeber, dass es infolge der zeitlich bedingten Mehrkosten zu einer Belastung der Bevölkerung komme, handelt es sich im Wesentlichen um eine pauschale Darlegung, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, eine konkrete Gefährdung volkswirtschaftlicher Interessen unter Beweis zu stellen, sodass dieses Argument nicht Grundlage einer Abwägung gemäß § 329 Abs 1 BVergG sein kann (vgl. BVA 25.4.2006, N-0025-BVA/04/2006-EV7; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9). Bei den Ausführungen der Auftraggeber, dass es infolge der zeitlich bedingten Mehrkosten zu einer Belastung der Bevölkerung komme, handelt es sich im Wesentlichen um eine pauschale Darlegung, ohne dass der Versuch unternommen worden wäre, eine konkrete Gefährdung

volkswirtschaftlicher Interessen unter Beweis zu stellen, sodass dieses Argument nicht Grundlage einer Abwägung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sein kann vergleiche BVA 25.4.2006, N- 0025-BVA/04/2006-EV7; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9).

Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten (vgl. BVA 11.10.2004, 07N- 95/04-10; 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8, 17.3.2008, N/0029- BVA/09/2008-EV11). Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein finanzieller Mehraufwand ergeben kann, liegt in der Natur der Sache. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde dies eine einstweilige Verfügung im Vergabeverfahren fast immer verhindern und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausschalten vergleiche BVA 11.10.2004, 07N- 95/04-10; 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8, 17.3.2008, N/0029- BVA/09/2008-EV11).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u. a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergabeschutz ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u. a.). Zudem ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Außer dem oben dargestellten Vorbringen wurden keine weiteren Einwendungen gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, wurden weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solche zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt. Da nach Angaben der Auftraggeber die Wasserversorgung der betroffenen Bevölkerung nach wie vor gewährleistet ist, der von den Auftraggebern angeführte Fertigstellungstermin 31.10.2011 auf keine besondere Dringlichkeit schließen lässt und eine Gefahr für Leib und Leben nicht erkennbar ist noch behauptet wurde, ist somit von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG nicht auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend zu werten. Außer dem oben dargestellten Vorbringen wurden keine weiteren Einwendungen gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung erhoben. Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, wurden weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solche zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt. Da nach Angaben der Auftraggeber die Wasserversorgung der betroffenen Bevölkerung nach wie vor gewährleistet ist, der von den Auftraggebern angeführte Fertigstellungstermin 31.10.2011 auf keine besondere Dringlichkeit schließen lässt und eine Gefahr für Leib und Leben nicht erkennbar ist noch behauptet wurde, ist somit von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeber als überwiegend zu werten.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens § 328 Abs 2 BVergG, längstens aber für die Dauer von 2 Monaten ab Antragstellung. 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 Exekutionsordnung (2000), § 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 zum BVergG 2002 jedoch keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, nämlich 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. Die Auftraggeber sind 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 festgesetzten 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; Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens Paragraph 328, Absatz 2, BVergG, längstens aber für die Dauer von 2 Monaten ab Antragstellung. 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 Exekutionsordnung (2000), Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 3, BVergG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zum BVergG 2002 jedoch keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, nämlich 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. Die Auftraggeber sind 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 festgesetzten 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;

siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4) und ist die Untersagung der Zuschlagserteilung das gelindeste zum Ziel führende Mittel.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Interessenabwägung, finanzieller Mehraufwand kein tauglicher Ablehnungsgrund;

Zuletzt aktualisiert am

16.09.2009

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at