

TE Verg Bescheid 2009/6/30 N/0066-BVA/09/2009-EV14

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

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

Text

BESCHIED

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die dritte Vertreterin des Vorsitzenden des Senats 9, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes", des Auftraggebers Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Y***, vom 14.4.2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die dritte Vertreterin des Vorsitzenden des Senats 9, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes", des Auftraggebers Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Österreichische Provinz, St. Veit-Gasse 25, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Y***, vom 14.4.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "dem Auftraggeber wird bei sonstiger Exekution die Vergabe bzw die Erteilung des Zuschlags des Auftrags

'Schülerheim Don Bosco/Gewerk Heizung Sanitär' an die Firma B***, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des UVS Tirol im gegenständlichen Verfahren untersagt", wird insofern stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, im Vergabeverfahren "Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes", für das Gewerke "Heizung, Sanitär" den Zuschlag zu erteilen. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahren "Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes" wurde am 11.2.2009 im "Boten für Tirol" veröffentlicht. Aus der genannten Veröffentlichung ergibt sich, dass der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden soll. Der Auftrag umfasste neben Baumeisterarbeiten, Elektroinstallationen, Lüftungsbau, Meß-Steuerungs-Regeltechnikinstallation auch Heizungs- und Sanitärinstallationen. Als ausschreibende Stelle schien die M*** im Auftrag der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes, Bahnstraße 49, 6166 Fulpmes auf. Als Schlusstermin für die Angebotsabgabe wurde der 16.3.2009 genannt. Die Zuschlagsfrist wurde mit drei Monaten an Ablauf der Angebotsfrist festgesetzt.

Im Leistungsverzeichnis zur Leistung "Heizung-Sanitär-Wärmedämmung" wurde darauf hingewiesen, dass die Vergabe nach den "Richtlinien des Bundesvergabegesetzes (BVerGG 2006/Novelle 2007)" erfolgt. Die A*** (in der Folge Antragstellerin) legte neben der B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger oder B***) ein Angebot für den genannten Leistungsteil. Nach Prüfung der Angebote wurde mit Mitteilung vom 6.4.2009 den Bietern bekannt gegeben, dass der genannte Auftrag Gewerke "Heizung Sanitär" mit einer Nettoauftragsumme von Euro XXX.-- (inkl. 2% NL zusätzlich bei Gesamtvergabe mit Gewerke Lüftung) der B*** vergeben werden soll. Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 15.4.2009 genannt. Als "Grund für die Ablehnung des Angebotes" wurde angeführt, dass es sich nicht um "das preislich günstigste" gehandelt habe. Im Leistungsverzeichnis zur Leistung "Heizung-Sanitär-Wärmedämmung" wurde darauf hingewiesen, dass die Vergabe nach den "Richtlinien des Bundesvergabegesetzes (BVerGG 2006/Novelle 2007)" erfolgt. Die A*** (in der Folge Antragstellerin) legte neben der B*** (in der Folge präsumtiver Zuschlagsempfänger oder B***) ein Angebot für den genannten Leistungsteil. Nach Prüfung der Angebote wurde mit Mitteilung vom 6.4.2009 den Bietern bekannt gegeben, dass der genannte Auftrag Gewerke "Heizung Sanitär" mit einer Nettoauftragsumme von Euro römisch 30.-- (inkl. 2% NL zusätzlich bei Gesamtvergabe mit Gewerke Lüftung) der B*** vergeben werden soll. Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 15.4.2009 genannt. Als "Grund für die Ablehnung des Angebotes" wurde angeführt, dass es sich nicht um "das preislich günstigste" gehandelt habe.

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 14. April 2009 - eingebracht beim UVS in Tirol - einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren. Das Verfahren wurde vom UVS in Tirol am 23. Juni 2009 "zuständigkeitshalber" dem Bundesvergabeamt zur weiteren Behandlung zugeleitet.

Im genannten Schriftsatz vom 14. April 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Antragstellerin am 6. April 2009 die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden sei. Gegen diese Entscheidung richte sich der Nachprüfungsantrag. Der Antrag sei innerhalb der offenen Frist von sieben Tagen - somit rechtzeitig - erhoben worden. Die Antragstellerin habe Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages. Die M*** habe im Auftrag der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes im "Boten für Tirol" am 11. Februar 2009 ein offenes Verfahren hinsichtlich der Sanierung und Erweiterung des Don Bosco Schülerheims in Fulpmes bekannt gemacht. Es handle sich um einen Bauauftrag. Die Finanzierung erfolge zu einem Großteil aus öffentlichen Mitteln des Landes Tirol. Der Sitz des Auftraggebers sei in Tirol. Das BVerGG 2006 sei auf diese Vergabe anwendbar. Das Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz sei gemäß § 1 Abs 2 Z 4 bzw. § 1 Abs 5 leg. cit. anwendbar. Die Antragstellerin habe Angebote für die streitgegenständlichen Gewerke Heizung/Sanitär und Lüftung abgegeben und sämtliche Ausschreibungsbedingungen erfüllt. Die Antragstellerin sei jedenfalls beim Gewerk Heizung/Sanitär Bestbieterin. Im genannten Schriftsatz vom 14. April 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass der Antragstellerin am 6. April 2009 die Zuschlagsentscheidung übermittelt worden sei. Gegen diese Entscheidung richte sich der Nachprüfungsantrag. Der Antrag sei innerhalb der offenen Frist von sieben Tagen - somit rechtzeitig - erhoben worden. Die Antragstellerin habe Interesse am Abschluss des gegenständlichen Vertrages. Die M*** habe im Auftrag der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Schülerheim Fulpmes im "Boten für Tirol" am 11. Februar 2009 ein offenes

Verfahren hinsichtlich der Sanierung und Erweiterung des Don Bosco Schülerheims in Fulpmes bekannt gemacht. Es handle sich um einen Bauauftrag. Die Finanzierung erfolge zu einem Großteil aus öffentlichen Mitteln des Landes Tirol. Der Sitz des Auftraggebers sei in Tirol. Das BVergG 2006 sei auf diese Vergabe anwendbar. Das Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetz sei gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 4, bzw. Paragraph eins, Absatz 5, leg. cit. anwendbar. Die Antragstellerin habe Angebote für die streitgegenständlichen Gewerke Heizung/Sanitär und Lüftung abgegeben und sämtliche Ausschreibungsbedingungen erfüllt. Die Antragstellerin sei jedenfalls beim Gewerk Heizung/Sanitär Bestbieterin.

Das Leistungsverzeichnis sehe in Pkt. 00.11.50A "Vorbemerkungen" auf Seite 9 vor:

Folgende geforderte Nachweise sind dem Angebot unaufgefordert beizulegen: Vorlage eines KSV- Rating von mindestens 380 (für nicht österreichische Bieter aus dem EU- Raum: - gleichwertiger Nachweis). Dem Auftraggeber dürfen aus der Beilage dieses Nachweises keine Kosten bzw. Anzahlungen entstehen. Dieser Nachweis ersetzt die Vorlage eines Vadiums. Das Fehlen dieses Nachweises stellt einen unbehebbarer Mangel dar.

Im Protokoll über die Angebotseröffnung vom 16. März 2009 seien Bemerkungen und Angaben über die Beilagen und Nachweise vermerkt. Zum Gewerk "Heizung" seien zum Angebot der B*** (in der Folge B***) vermerkt: Kein KSV- Rating.

Zum Gewerk "Lüftung" sei zum Angebot der TEGA bei der Auflistung der Beilagen ebenfalls kein KSV- Rating vermerkt. Die Rechtsvertreterin der Antragstellerin habe mit Schreiben vom 30. März 2009 darauf hingewiesen, dass die Angebote der B*** nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen würden. Sie würden unbehebbarer Mängel aufweisen und wären daher auszuschneiden.

Der Rechtsvertreterin der Antragstellerin sei von DI O*** (M***) am 8. April 2009 telefonisch bestätigt worden, dass den Angeboten der B*** kein KSV- Rating beigelegt sei. Dem Angebot von B*** für das Gewerk "Lüftung" sei ein Schreiben einer Bank beigelegt gewesen. Nach Angaben des DI O*** habe die B*** nachträglich ein KSV- Rating vorgelegt.

Die Zuschlagsentscheidung vom 4. April 2009, übermittelt durch ein Schreiben der M*** am 6. April 2009, habe für das Gewerk "Heizung/Sanitär" ergeben, dass der entsprechende Auftrag an die B*** mit einer Nettoauftragssumme von Euro XXX.-- (inkl. 2% Nachlass zusätzlich bei Gesamtvergabe mit Gewerk Lüftung) vergeben werden solle. Die Zuschlagsentscheidung vom 4. April 2009, übermittelt durch ein Schreiben der M*** am 6. April 2009, habe für das Gewerk "Heizung/Sanitär" ergeben, dass der entsprechende Auftrag an die B*** mit einer Nettoauftragssumme von Euro römisch 30.-- (inkl. 2% Nachlass zusätzlich bei Gesamtvergabe mit Gewerk Lüftung) vergeben werden solle.

Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf rechtskonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß dem BVergG, im Recht auf Ausschneiden des Mitbewerbers B*** sowie im Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die Zuschlagsentscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da in der Folge der Zuschlag und somit die Auftragsvergabe an einen Mitbieter ergehen würde.

Den Angeboten der B*** sei - entgegen den Ausschreibungsbedingungen - jeweils kein KSV- Rating beigelegt gewesen. Dies widerspreche den Bedingungen der Ausschreibung. Gemäß Ausschreibung stelle es einen unbehebbarer Mangel dar, wenn dem Angebot kein KSV- Rating beiliege. Gemäß § 106 Abs 1 BVergG habe sich der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Es sei auch keine Aufforderung zur Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen seien sohin maßgeblich und allseits verbindlich. Demgemäß wäre das Angebot der B*** sofort auszuschneiden gewesen und hätte bei der Vergabe nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Der Auftrag "Heizung/Sanitär" wäre sohin an die Antragstellerin als Bestbieterin zu vergeben gewesen. Den Angeboten der B*** sei - entgegen den Ausschreibungsbedingungen - jeweils kein KSV- Rating beigelegt gewesen. Dies widerspreche den Bedingungen der Ausschreibung. Gemäß Ausschreibung stelle es einen unbehebbarer Mangel dar, wenn dem Angebot kein KSV- Rating beiliege. Gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG habe sich der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Es sei auch keine Aufforderung zur Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen seien sohin maßgeblich und allseits verbindlich. Demgemäß wäre das Angebot der B*** sofort auszuschneiden gewesen und hätte bei der Vergabe nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Der Auftrag "Heizung/Sanitär" wäre sohin an die Antragstellerin als Bestbieterin zu vergeben gewesen.

Durch die dargestellte Rechtswidrigkeit drohe der Antragstellerin ein finanzieller Schaden. Dieser bestehe unter

anderem im Verlust der Chance, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten. Bei Nichterhalt des Auftrages drohe der Antragstellerin ein Gewinn in Höhe von einigen tausend Euro zu entgehen. Auch drohe der Verlust von Arbeitsplätzen.

Dieses gesamte Vorbringen werde auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden gelte der Grundsatz des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes und sei eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorranges des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern würden. Solche besonderen Gründe, die eine einstweilige Verfügung unzulässig machen würden, würden aber gegenständlich nicht vorliegen. Vielmehr würden die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen. Die geltend gemachte Rechtswidrigkeit könnte nach Ablauf der Frist des § 6 Abs 1 Z 5 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz nicht mehr aufgegriffen werden. Im Falle der Zuschlagserteilung an die B*** könnte die Antragstellerin den Auftrag nicht mehr erhalten. Daraus würde sich eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin ergeben, da eine bloße ex post Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könne. Dieses gesamte Vorbringen werde auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden gelte der Grundsatz des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes und sei eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorranges des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern würden. Solche besonderen Gründe, die eine einstweilige Verfügung unzulässig machen würden, würden aber gegenständlich nicht vorliegen. Vielmehr würden die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen. Die geltend gemachte Rechtswidrigkeit könnte nach Ablauf der Frist des Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 5, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz nicht mehr aufgegriffen werden. Im Falle der Zuschlagserteilung an die B*** könnte die Antragstellerin den Auftrag nicht mehr erhalten. Daraus würde sich eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin ergeben, da eine bloße ex post Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könne.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünden auch keine besonderen Interessen des Auftraggebers entgegen. Überdies habe der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und die daraus folgenden möglichen zeitlichen Verzögerungen Bedacht zu nehmen. Im Übrigen sei ein dem Antragsgegner allfällig entstehender Schaden bereits deswegen geringer zu werten, da er durch seine eigene rechtswidrige Vorgehensweise die Situation geschaffen habe, welche den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht habe. Die Rechtsvertreterin der Antragstellerin habe den Auftraggeber und die ausschreibende Stelle bereits mit Schreiben vom 30. März 2009 darauf hingewiesen, dass die Angebote der B*** zwingend auszuscheiden seien. Dem Auftraggeber sei die Problematik der Vergabe des Auftrages an B*** vor Beschluss über die Vergabe des Auftrages bekannt gewesen und habe sich der Auftraggeber bewusst für eine nicht rechtskonforme Vorgangsweise entschieden. Der Auftraggeber habe auch deshalb allfällige negative Folgen einer Verzögerung des Vergabeverfahrens und der Auftragsdurchführung zu tragen. Eine einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle daher für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Auch sei ein wesentliches öffentliches Interesse an der Sicherstellung in einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter gelegen.

Das gemäß § 12 Abs 1 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz zu berücksichtigende allfällige öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens könne daher durch einen zeitlich befristeten Vergabestopp nicht beeinträchtigt werden. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschrift über die öffentliche Auftragsvergabe würde im Fall der Zuschlagserteilung an B*** erheblich geschädigt werden. Die Interessenabwägung müsse sohin zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Es bestehe auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Das gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz zu berücksichtigende allfällige öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens könne daher durch einen zeitlich befristeten Vergabestopp nicht beeinträchtigt werden. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschrift über die öffentliche Auftragsvergabe würde im Fall der Zuschlagserteilung an B*** erheblich geschädigt werden. Die Interessenabwägung müsse sohin zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Es bestehe auch kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens.

Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm auch ergänzend Stellung. Auftraggeber sei die Gesellschaft der Salesianer Don Bosco, Österreichische Provinz, St. Veitgasse 25, 1130 Wien. Vergebende Stellen seien die M***, und Baumeister P***. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im "Unterschwellenbereich". Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens belaufe sich auf Euro XXX Mio. Der Auftrag sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses (Gewerk Heizung/Sanitär) belaufe sich auf Euro XXX Mio. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Angebotsöffnung habe am 16. März 2009 stattgefunden. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 6. April 2009 mitgeteilt worden. Am 19. Juni 2009 sei zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich der Auftrag erteilt worden. Das Vergabeverfahren sei somit beendet. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 BVergG. Das BVergG regle jedoch gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BVergG unter anderem die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert würden. Der gegenständliche Auftrag werde gemäß dem dritten Nachtrag zur Vereinbarung vom 5./6. Februar bzw. 8. April 1970 samt Nachtrag vom 5. bzw. 21.5.1973 sowie Vertrag vom 3. bzw. 9.6.1992, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, dem Land Tirol und dem Auftraggeber, zur Hälfte vom Bund und zur Hälfte vom Land Tirol finanziert. Aus diesem Grund sei das BVergG anwendbar.

Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm auch ergänzend Stellung. Auftraggeber sei die Gesellschaft der Salesianer Don Bosco, Österreichische Provinz, St. Veitgasse 25, 1130 Wien. Vergebende Stellen seien die M***, und Baumeister P***. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im "Unterschwellenbereich". Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens belaufe sich auf Euro römisch 30 Mio. Der Auftrag sei in Lose unterteilt. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses (Gewerk Heizung/Sanitär) belaufe sich auf Euro römisch 30 Mio. Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Angebotsöffnung habe am 16. März 2009 stattgefunden. Die Zuschlagsentscheidung sei den Bietern am 6. April 2009 mitgeteilt worden. Am 19. Juni 2009 sei zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich der Auftrag erteilt worden. Das Vergabeverfahren sei somit beendet. Der Auftraggeber sei kein öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, BVergG. Das BVergG regle jedoch gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG unter anderem die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert würden. Der gegenständliche Auftrag werde gemäß dem dritten Nachtrag zur Vereinbarung vom 5./6. Februar bzw. 8. April 1970 samt Nachtrag vom 5. bzw. 21.5.1973 sowie Vertrag vom 3. bzw. 9.6.1992, abgeschlossen zwischen der Republik Österreich, dem Land Tirol und dem Auftraggeber, zur Hälfte vom Bund und zur Hälfte vom Land Tirol finanziert. Aus diesem Grund sei das BVergG anwendbar.

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG übe das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern aus, soweit es sich um Auftraggeber handle, die gemäß Art. 14b Abs 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen würden. Gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit.e sublit aa B-VG sei Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache: Die Vergabe von Aufträgen durch Rechtsträger, die vom Bund finanziert würden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes zumindest gleich groß sei, wie jener der Länder. Folglich sei das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde hinsichtlich der gegenständlichen Auftragsvergabe. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ergebe sich aus den §§ 312 Abs 2 und 328 Abs 2 BVergG. Gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG übe das Bundesvergabeamt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern aus, soweit es sich um Auftraggeber handle, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollzugsbereich des Bundes fallen würden. Gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera e, Sub-Litera, a, a, B-VG sei Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache: Die Vergabe von Aufträgen durch Rechtsträger, die vom Bund finanziert würden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes zumindest gleich groß sei, wie jener der Länder. Folglich sei das Bundesvergabeamt zuständige Vergabekontrollbehörde hinsichtlich der gegenständlichen Auftragsvergabe. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ergebe sich aus den Paragraphen 312, Absatz 2 und 328 Absatz 2, BVergG.

Die Antragstellerin habe gegen die Zuschlagsentscheidung vom 6. April 2009 einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 14. April 2009 beim UVS in Tirol eingebracht. Gemäß Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz sei diesem Antrag aufschiebende Wirkung zugekommen. Mit einstweiliger Verfügung des UVS Tirol vom 20. April 2009, UVS-2009/21/0955-2, sei dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens vor dem UVS Tirol die Erteilung des Zuschlages des Auftrages "Schülerheim Don Bosco, Gewerk Heizung/Sanitär" an die B*** bis zur rechtskräftigen Entscheidung des UVS Tirol untersagt worden.

Mit Bescheid des UVS Tirol vom 16. Juni 2009, UVS- 2009/21/09155-8, der dem Auftraggeber am 9. Juni 2009 (gemeint wohl 19.6.2009) zugestellt worden sei, sei die einstweilige Verfügung des UVS Tirol vom 20. April 2009, UVS-2009/21/09155- 2, aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an das offenbar nicht unzuständige Bundesvergabeamt weitergeleitet worden.

Der Auftraggeber habe in der Folge am 19. Juni 2009 den Auftrag im gegenständlichen Vergabeverfahren an die B***, zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich erteilt. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung des UVS Tirol und vor Verständigung des Bundesvergabeamtes vom Einlangen des Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sei die Auftragserteilung zulässig gewesen. Damit sei das Vergabeverfahren gemäß § 135 Abs 1 BVergG beendet und das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt werden könnte. Dies gelte auch für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Hinblick auf die Bestimmung des § 312 Abs 2 BVergG. Wie oben dargestellt sei der Auftrag im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits rechtskräftig erteilt worden. Das Bundesvergabeamt sei sohin nicht mehr zur beantragten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zuständig. Bereits aus diesem Grund sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG verfristet. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Auftraggeber habe der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 mitgeteilt. Innerhalb der Stillhaltefrist habe die Antragstellerin zwar einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim UVS Tirol eingebracht. Damit sei zwar innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist des § 321 Abs 1 BVergG ein Nachprüfungsantrag gestellt worden. Dies jedoch bei der unzuständigen Behörde. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Einbringung eines Rechtsmittels bei der unrichtigen Stelle nicht in die Rechtmittelfrist einzurechnen, weshalb der gegenständliche Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen sei. Für den Fall, dass die Antragstellerin argumentiere, dass für sie das Bundesvergabeamt als zuständige Vergabenachprüfungsbehörde nicht innerhalb der Stillhaltefrist erkennbar gewesen sei und auch der Auftraggeber nicht auf die zuständige Vergabekontrollbehörde (BVA) hingewiesen habe, werde auf die an den UVS Tirol gerichteten Stellungnahme vom 22. April 2009 verwiesen. Darin sei die Unzuständigkeit des UVS Tirol eingewendet und vorgebracht worden, dass der gegenständlich zu vergebende Auftrag zur Hälfte vom Bund und zur Hälfte vom Land Tirol finanziert würde. Zum Beweis dieses Vorbringens sei der dritte Nachtrag vorgelegt worden. Dieser sei vom UVS Tirol an die Antragstellerin weitergeleitet worden, obwohl der Auftraggeber ersucht habe, diesen von der Akteneinsicht auszunehmen. Mit Replik vom 8. Juni 2009 habe die Antragstellerin die vom Auftraggeber eingewandte Unzuständigkeit des UVS Tirol zurückgewiesen und weiter mit der Zuständigkeit des UVS Tirol argumentiert. In Kenntnis der Finanzierungsvereinbarung habe die Antragstellerin damit argumentiert, dass gegenständlicher Auftrag zu mehr als 50% vom Land finanziert würde und sohin der UVS Tirol zuständige Nachprüfungsbehörde sei. Diese Interpretation der Finanzierungsvereinbarung sei nicht nachvollziehbar und sei aus diesem Grund der Nachprüfungsantrag wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen bzw. an das BVA weitergeleitet worden. Die rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin sei sohin spätestens mit Zustellung des Schriftsatzes des Auftraggebers vom 22. April 2009 samt Finanzierungsvereinbarung durch den UVS Tirol von der Unzuständigkeit des UVS Tirol und der Zuständigkeit des BVA informiert gewesen. Der Antragstellerin sei es möglich und zumutbar gewesen, anstelle der Einbringung der Replik zur Stellungnahme der Auftraggeberin den von ihr beim UVS Tirol eingebrachten Nachprüfungsantrag zurückzuziehen und einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt einzubringen. Allenfalls wäre damit die Frist gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG gewahrt gewesen. Spätestens seit Einbringung der Replik der Antragstellerin sei jedoch die Frist zur Nachprüfung der gesondert anfechtbaren Zuschlagsentscheidung an das Bundesvergabeamt abgelaufen. Der Nachprüfungsantrag sei sohin als verfristet zurückzuweisen. Der Auftraggeber habe in der Folge am 19. Juni 2009 den Auftrag im gegenständlichen Vergabeverfahren an die B***, zuerst fernmündlich und anschließend schriftlich erteilt. Nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung des UVS Tirol und vor Verständigung des Bundesvergabeamtes vom Einlangen des Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sei die Auftragserteilung zulässig gewesen. Damit sei das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 135, Absatz eins, BVergG beendet und das Bundesvergabeamt nicht mehr zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt werden könnte. Dies gelte auch für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Hinblick auf die Bestimmung des Paragraph 312, Absatz 2, BVergG. Wie oben dargestellt sei der Auftrag im gegenständlichen Vergabeverfahren bereits rechtskräftig erteilt worden. Das

Bundesvergabeamt sei sohin nicht mehr zur beantragten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zuständig. Bereits aus diesem Grund sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG verfristet. Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung seien im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Auftraggeber habe der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 mitgeteilt. Innerhalb der Stillhaltefrist habe die Antragstellerin zwar einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim UVS Tirol eingebracht. Damit sei zwar innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG ein Nachprüfungsantrag gestellt worden. Dies jedoch bei der unzuständigen Behörde. Nach ständiger Rechtsprechung sei die Einbringung eines Rechtsmittels bei der unrichtigen Stelle nicht in die Rechtsmittelfrist einzurechnen, weshalb der gegenständliche Nachprüfungsantrag als verspätet zurückzuweisen sei. Für den Fall, dass die Antragstellerin argumentiere, dass für sie das Bundesvergabeamt als zuständige Vergabenachprüfungsbehörde nicht innerhalb der Stillhaltefrist erkennbar gewesen sei und auch der Auftraggeber nicht auf die zuständige Vergabekontrollbehörde (BVA) hingewiesen habe, werde auf die an den UVS Tirol gerichteten Stellungnahme vom 22. April 2009 verwiesen. Darin sei die Unzuständigkeit des UVS Tirol eingewendet und vorgebracht worden, dass der gegenständlich zu vergebende Auftrag zur Hälfte vom Bund und zur Hälfte vom Land Tirol finanziert würde. Zum Beweis dieses Vorbringens sei der dritte Nachtrag vorgelegt worden. Dieser sei vom UVS Tirol an die Antragstellerin weitergeleitet worden, obwohl der Auftraggeber ersucht habe, diesen von der Akteneinsicht auszunehmen. Mit Replik vom 8. Juni 2009 habe die Antragstellerin die vom Auftraggeber eingewandte Unzuständigkeit des UVS Tirol zurückgewiesen und weiter mit der Zuständigkeit des UVS Tirol argumentiert. In Kenntnis der Finanzierungsvereinbarung habe die Antragstellerin damit argumentiert, dass gegenständlicher Auftrag zu mehr als 50% vom Land finanziert würde und sohin der UVS Tirol zuständige Nachprüfungsbehörde sei. Diese Interpretation der Finanzierungsvereinbarung sei nicht nachvollziehbar und sei aus diesem Grund der Nachprüfungsantrag wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen bzw. an das BVA weitergeleitet worden. Die rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin sei sohin spätestens mit Zustellung des Schriftsatzes des Auftraggebers vom 22. April 2009 samt Finanzierungsvereinbarung durch den UVS Tirol von der Unzuständigkeit des UVS Tirol und der Zuständigkeit des BVA informiert gewesen. Der Antragstellerin sei es möglich und zumutbar gewesen, anstelle der Einbringung der Replik zur Stellungnahme der Auftraggeberin den von ihr beim UVS Tirol eingebrachten Nachprüfungsantrag zurückzuziehen und einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt einzubringen. Allenfalls wäre damit die Frist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG gewahrt gewesen. Spätestens seit Einbringung der Replik der Antragstellerin sei jedoch die Frist zur Nachprüfung der gesondert anfechtbaren Zuschlagsentscheidung an das Bundesvergabeamt abgelaufen. Der Nachprüfungsantrag sei sohin als verfristet zurückzuweisen.

In weiteren Schriftsätzen vom 29.6.2009 legte der Auftraggeber die elektronische Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 6.4.2009 an alle (im Vergabeverfahren verbliebenen) Bieter dar. Unmittelbar nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch den UVS Tirol sei nach telefonischer Auftragserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger die schriftliche Auftragsbestätigung durch den Auftraggeber am 19.6.2009, 16.47 Uhr, per e-mail erfolgt. Unmittelbar nach Auftragserteilung habe der präsumtive Zuschlagsempfänger schriftlich erklärt, den Auftrag anzunehmen. Die Zuschlagserteilung sei vergaberechtswirksam zustande gekommen und das Vergabeverfahren somit beendet.

Die Antragstellerin teilte mit Schriftsatz vom 29.6.2009 mit, vom Auftraggeber mehrfach entweder keine oder unvollständige bzw falsche Informationen übermittelt bekommen zu haben. Dies betreffe die Bezeichnung des Auftraggebers, die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in der Bekanntmachung und in der Ausschreibung und die Darlegung über den gesamten Finanzierungsumfang sowie die Dokumente mit der Bezeichnung "3. Nachtrag", die einmal undatiert und nicht unterfertigt, dann wieder unterfertigt dem UVS Tirol vorgelegt worden seien. Zum "3.Nachtrag" sei ausgeführt worden, dass es sich dabei lediglich um einen Teil der Vereinbarung handle. Weitere Finanzierungsunterlagen seien jedoch nicht vorgelegt worden. Als "vergebende Stelle" sei neben der M*** auch P*** aufgeschienen.

Ohne Offenlegung aller Vereinbarungen über die Projektfinanzierung könne nach Ansicht der Antragstellerin nicht abschließend beurteilt werden, ob das Bundesvergabeamt zuständig sei. Deren Vorlage werde daher beantragt. Nach Angaben der ausschreibenden Stelle, M***, beliefen sich die gesamten Projektkosten auf Euro XXX Millionen, sodass von einer Vergabe im Oberschwellenbereich auszugehen sei und die Frist für die Erhebung eines

Nachprüfungsantrages gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vierzehn Tage betrage. Auf Grund der unvollständigen Angaben des Auftraggebers sei es der Antragstellerin auch unzumutbar "auf Verdacht" einen zweiten Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Nachprüfungsantrag sei aber im Hinblick auf die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung gemäß § 322 Abs 3 2.Satz BVergG jedenfalls auch als fristgerecht eingebracht zu beurteilen, zumal der beim UVS Tirol eingebrachte Nachprüfungsantrag nicht bei einer offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht worden sei. Auf Grund des undetaillierten Vorbringens des Auftraggebers könne auch nicht beurteilt werden, ob der Auftrag von einer dazu berechtigten Person an eine empfangsberechtigte Person erteilt worden sei und wann der Bieter die schriftliche Verständigung erhalten habe. Dazu sei die Vorlage der entsprechenden Korrespondenz erforderlich. Das vom Auftraggeber vorgelegte Schreiben vom 19.6.2009 lasse auf eine Mitteilung über die beabsichtigte zukünftige Auftragsvergabe schließen. Das genannte Schreiben trage auch keine Unterschrift, sodass es sich um einen bloßen Briefentwurf handle. Zur Ausfertigung des Schreibens mit Unterschrift, der Absendung und dem Zugang an den Auftragnehmer "B****" fehle jede Dokumentation. Ohne Offenlegung aller Vereinbarungen über die Projektfinanzierung könne nach Ansicht der Antragstellerin nicht abschließend beurteilt werden, ob das Bundesvergabeamt zuständig sei. Deren Vorlage werde daher beantragt. Nach Angaben der ausschreibenden Stelle, M***, beliefen sich die gesamten Projektkosten auf Euro römisch 30 Millionen, sodass von einer Vergabe im Oberschwellenbereich auszugehen sei und die Frist für die Erhebung eines Nachprüfungsantrages gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vierzehn Tage betrage. Auf Grund der unvollständigen Angaben des Auftraggebers sei es der Antragstellerin auch unzumutbar "auf Verdacht" einen zweiten Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt einzubringen. Der Nachprüfungsantrag sei aber im Hinblick auf die fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung gemäß Paragraph 322, Absatz 3, 2.Satz BVergG jedenfalls auch als fristgerecht eingebracht zu beurteilen, zumal der beim UVS Tirol eingebrachte Nachprüfungsantrag nicht bei einer offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht worden sei. Auf Grund des undetaillierten Vorbringens des Auftraggebers könne auch nicht beurteilt werden, ob der Auftrag von einer dazu berechtigten Person an eine empfangsberechtigte Person erteilt worden sei und wann der Bieter die schriftliche Verständigung erhalten habe. Dazu sei die Vorlage der entsprechenden Korrespondenz erforderlich. Das vom Auftraggeber vorgelegte Schreiben vom 19.6.2009 lasse auf eine Mitteilung über die beabsichtigte zukünftige Auftragsvergabe schließen. Das genannte Schreiben trage auch keine Unterschrift, sodass es sich um einen bloßen Briefentwurf handle. Zur Ausfertigung des Schreibens mit Unterschrift, der Absendung und dem Zugang an den Auftragnehmer "B****" fehle jede Dokumentation.

Zudem enthalte das Schreiben vom 19.6.2009 weder Namen noch Adresse des vermeintlichen Auftraggebers. Beim Überschreiten der Zuschlagsfrist entstehe das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, den Auftrag anzunehmen. Es liege daher keine rechtswirksame Auftragserteilung mit einer entsprechenden Dokumentation zur Nachprüfung vor.

Darüber hinaus sei der Auftraggeber nicht zur Auftragserteilung berechtigt, da die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Hemmung der Zuschlagsfrist bewirke. Fehlende Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde würden den Ablauf der Zuschlagsfrist immer hemmen. Ein allenfalls erteilter Auftrag sei daher rechtswidrig, sittenwidrig und nichtig. Das Bundesvergabeamt sei daher zur Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde neben dem Nachprüfungsantrag und dem "Kostenersatz" weiter aufrechterhalten. Der Auftraggeber habe kein geeignetes, sich gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung richtendes Vorbringen erstattet.

Vorsichtshalber werde beantragt, das Bundesvergabeamt möge die Rechtswidrigkeit bzw Nichtigkeit einer allfälligen erfolgten Auftragserteilung an die B*** feststellen. Für den Fall der bereits wirksamen Zuschlagserteilung stelle die Antragstellerin bereits jetzt den Eventualantrag gemäß § 331 Abs 4 BVergG, das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Das Bundesvergabeamt möge sodann feststellen, "dass eine Zuschlagserteilung für den Bereich Heizung/Sanitär des Auftraggebers im Vergabeverfahren 'Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes' an die Firma B** offenkundig unzulässig war (§ 331 Abs 1 Z 4 BVergG) bzw der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung

dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde (§ 331 Abs 1 Z 2 BVergG)".Vorsichtshalber werde beantragt, das Bundesvergabeamt möge die Rechtswidrigkeit bzw Nichtigkeit einer allfälligen erfolgten Auftragserteilung an die B*** feststellen. Für den Fall der bereits wirksamen Zuschlagserteilung stelle die Antragstellerin bereits jetzt den Eventualantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG, das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Das Bundesvergabeamt möge sodann feststellen, "dass eine Zuschlagserteilung für den Bereich Heizung/Sanitär des Auftraggebers im Vergabeverfahren 'Sanierung, Erweiterung Don Bosco Schülerheim Fulpmes' an die Firma B** offenkundig unzulässig war (Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG) bzw der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt wurde (Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG)".

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Inwiefern es sich bei der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Österreichische Provinz um einen öffentliche Auftraggeber iSd BVergG handelt bzw, ob auf Grund der Finanzierung des ausgeschriebenen Auftrages davon auszugehen ist, dass eine Entscheidungsbefugnis des Bundesvergabeamtes gegeben ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Dazu liegen derzeit dem Bundesvergabeamt nicht die für die Beurteilung notwendigen Unterlagen vor. Außerdem können gemäß den vorliegenden Angaben und Informationen auch auf Grund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren diese Fragen nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden. Es wird daher zunächst unvoreingenommen anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen (vgl BVA 7.3.2008, N/0024-BVA/04/2008-EV10; 24.5.2006, N/0038- BVA/04/2006-EV8; 26.4.2006, N/0026-BVA/05/2006-8; 29.5.2005, 15N-20/05-10 uva).Inwiefern es sich bei der Gesellschaft der Salesianer Don Bosco Österreichische Provinz um einen öffentliche Auftraggeber iSd BVergG handelt bzw, ob auf Grund der Finanzierung des ausgeschriebenen Auftrages davon auszugehen ist, dass eine Entscheidungsbefugnis des Bundesvergabeamtes gegeben ist, kann im Provisorialverfahren nicht abschließend geklärt werden. Dazu liegen derzeit dem Bundesvergabeamt nicht die für die Beurteilung notwendigen Unterlagen vor. Außerdem können gemäß den vorliegenden Angaben und Informationen auch auf Grund der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren diese Fragen nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden. Es wird daher zunächst unvoreingenommen anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens, von der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ausgegangen vergleiche BVA 7.3.2008, N/0024-BVA/04/2008-EV10; 24.5.2006, N/0038- BVA/04/2006-EV8; 26.4.2006, N/0026-BVA/05/2006-8; 29.5.2005, 15N-20/05-10 uva).

Zwar hat der Auftraggeber in seinen Stellungnahmen an das Bundesvergabeamt angegeben, dass für den gegenständlichen Auftrag bereits der Zuschlag erteilt sei und dazu auch Unterlagen vorgelegt. Ob die entsprechenden Bevollmächtigungen vorlagen oder ob es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt, bei dem gemäß § 132 Abs 2 BVergG bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen der Zuschlag erteilt werden darf, kann angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren ebenso wenig abschließend geklärt werden. Angesichts der unter 14 Tage liegenden Stillhaltefrist im gegenständlichen Verfahren wird daher zunächst unvoreingenommen anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens bei einer Vergabe im Oberschwellenbereich nicht von gesetzeskonformen Zuschlagserteilung iSd BVergG und daher von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen.Zwar hat der Auftraggeber in seinen Stellungnahmen an das Bundesvergabeamt angegeben, dass für den gegenständlichen Auftrag bereits der Zuschlag erteilt sei und dazu auch Unterlagen vorgelegt. Ob die entsprechenden Bevollmächtigungen vorlagen oder ob es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt, bei dem gemäß Paragraph 132, Absatz 2, BVergG bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen der Zuschlag erteilt werden darf, kann angesichts der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren ebenso wenig abschließend geklärt werden. Angesichts der unter 14 Tage liegenden Stillhaltefrist im gegenständlichen Verfahren wird daher zunächst unvoreingenommen anders lautender Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens bei einer Vergabe im

Oberschwellenbereich nicht von gesetzeskonformen Zuschlagserteilung iSd BVergG und daher von einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgegangen.

II. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Soweit der Auftraggeber vorbringt, der Nachprüfungsantrag wäre verspätet und bei der unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht worden, so ist im Provisorialverfahren im Hinblick auf die fehlenden Angaben zur zuständigen Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung auf die Bestimmungen in § 80 Abs 1 BVergG iVm § 322 Abs 3 leg cit zu verweisen. Danach ist bei fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde der Nachprüfungsantrag auch dann innerhalb der in § 321 genannten Frist gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Um eine solche nicht offenkundig unzuständige Vergabekontrollbehörde handelt es sich jedenfalls angesichts einer Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages im "Boten für Tirol" beim UVS Tirol. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Soweit der Auftraggeber vorbringt, der Nachprüfungsantrag wäre verspätet und bei der unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht worden, so ist im Provisorialverfahren im Hinblick auf die fehlenden Angaben zur zuständigen Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen bzw der Bekanntmachung auf die Bestimmungen in Paragraph 80, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 322, Absatz 3, leg cit zu verweisen. Danach ist bei fehlenden Angaben über die zuständige Vergabekontrollbehörde der Nachprüfungsantrag auch dann innerhalb der in Paragraph 321, genannten Frist gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Um eine solche nicht offenkundig unzuständige Vergabekontrollbehörde handelt es sich jedenfalls angesichts einer Bekanntmachung des gegenständlichen Auftrages im "Boten für Tirol" beim UVS Tirol.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Da der Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an den präsumtiven Zuschlagsempfänger plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin dann für den Zuschlag in Betracht käme, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagsentscheidung und - erteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

III. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor 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 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 leg cit 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, leg cit 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 § 329 Abs. 3 leg cit 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit 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, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. 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.

Der Auftraggeber hat in seinen an das Bundesvergabeamt gerichteten Schriftsätzen keine gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechende Interessen vorgebracht. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Der Auftraggeber hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008- EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens stellt die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Da dieses Verfahren nunmehr beim Bundesvergabeamt anhängig

ist, kann sich die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht auf das beim UVS Tirol anhängige Verfahren beziehen und war daher insoweit das Begehren abzuweisen.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG erfolgt im EndbescheidDer Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Endbescheid.

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

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