

TE Verg Bescheid 2009/4/9 N/0028-BVA/03/2009-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.04.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §312 Abs2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

B-VG Art14b Abs2 Z1 lita

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 § 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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 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. B-VG Art. 14b heute
2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002
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 Senats 3 Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, idF BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben AWW Wiener Neustadt-Süd Abwasserreinigungsanlage (ARA) Anpassung und Erweiterung BA13, VE 13.008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude" des Auftraggebers Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch das Ingenieurbüro C*** ZT- GmbH, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch X*** RA, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG, , auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 2.4.2009, über diesen wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senats 3 Dr. Sibyll Huber-Mataushek gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Bauvorhaben AWW Wiener Neustadt-Süd Abwasserreinigungsanlage (ARA) Anpassung und Erweiterung BA13, VE 13.008 Elektrotechnik E-

Verteilergebäude" des Auftraggebers Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt, vertreten durch das Ingenieurbüro C*** ZT- GmbH, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch X*** RA, eingeleitet über Antrag der A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte OEG, , auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 2.4.2009, über diesen wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung im " Vergabeverfahren "Bauvorhaben AWW Wiener Neustadt-Süd Abwasserreinigungsanlage (ARA) Anpassung und Erweiterung BA13" in dem die Leistungen VE 13008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude an die B*** GmbH vergeben werden sollen", untersagt wird, wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, Abwasserverband Wiener Neustadt-Süd, Erschlachtweg 3, 2700 Wiener Neustadt vertreten durch das Ingenieurbüro C*** ZT- GmbH, als ausschreibende Stelle, alle vertreten durch X*** RA, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Bauvorhaben AWW Wiener Neustadt-Süd Abwasserreinigungsanlage (ARA) Anpassung und Erweiterung BA13, VE 13.008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude ", den Zuschlag zu erteilen.

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

BEGRÜNDUNG

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 2. 4. 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.Die Antragstellerin stellte am 2. 4. 2009 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, der Auftraggeber habe die Leistung VE13008 Elektrotechnik E-Verteilergebäude, daher Leistungen aus dem Gewerbe der Elektroinstallation, ausgeschrieben. Es handle sich um eine Ausschreibung, die in der Bauphase 1 "Baufeldfreimachung" für die Anpassung und Erweiterung einer Kläranlage des Auftraggebers die Ausführung der Energieversorgung und Stromverrechnungseinrichtung zum Ziel habe. Neben der Antragstellerin habe unter anderem die B*** GmbH, angeboten.

Die Angebotseröffnung habe am 30.1.2009, 9.20 Uhr stattgefunden. In der Folge habe der Auftraggeber eine Bewertung der Angebote vorgenommen und eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** GmbH, getroffen, was der Antragstellerin mit Fax vom 27.3.2009 mitgeteilt worden sei. Diese Zuschlagsentscheidung basiere jedoch auf einer § 19 Abs. 1 BVergG 2006 widersprechenden Ungleichbehandlung der Bieter. Der Auftraggeber weiche nämlich ohne ersichtliche Rechtfertigung zugunsten der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin von seinen eigenen Festlegungen in der Ausschreibung ab. Der für die Beurteilung wesentliche Punkt D3.1. der Ausschreibung laute in seinem hier maßgeblichen Teil:Die Angebotseröffnung habe am 30.1.2009, 9.20 Uhr stattgefunden. In der Folge habe der Auftraggeber eine Bewertung der Angebote vorgenommen und eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der B*** GmbH, getroffen, was der Antragstellerin mit Fax vom 27.3.2009 mitgeteilt worden sei. Diese Zuschlagsentscheidung basiere jedoch auf einer Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 widersprechenden Ungleichbehandlung der Bieter. Der Auftraggeber weiche nämlich ohne ersichtliche Rechtfertigung zugunsten der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin von seinen eigenen Festlegungen in der Ausschreibung ab. Der für die Beurteilung wesentliche Punkt D3.1. der Ausschreibung laute in seinem hier maßgeblichen Teil:

" Gütebestimmungen

Es sind die einschlägigen Produktrichtlinien der österreichischen Güteanforderungen idgF für Produkte im Siedlungswasserbau einzuhalten. Der Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinien (Technische Güteanforderungen für Maschinen, Behälter und Ausrüstungsteile, M06 und M07, Gütegemeinschaft Wassertechnik - GWT, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 333) in der jeweils gültigen bzw. aktuellen Fassung sowie die darin

zitierten EN-Normen ist zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in schriftlicher Form (Nachweis über die Mitgliedschaft oder Nachweis von Einzelprüfungen) vorzulegen, (...)" . Diese Ausschreibungsbestimmung sei unbekämpft geblieben.

Mit Verordnung des BMWa BGBl 11468/2004 sei die Gütergemeinschaft Wassertechnik (GWT) als Produktzertifikationsstelle akkreditiert worden. Ihre Zertifizierungsbefugnis umfasst die Zertifizierung von Produkten, Verfahren und Dienstleistungen im Bereich ICS 23 Fluidsysteme und -bauteile gemäß einem in der Verordnungsanlage spezifizierten Umfang. Obwohl sich der Auftraggeber in seiner Ausschreibung festgelegt habe, von den Bietern einen schriftlichen Nachweis über das Vorliegen der entsprechenden Güteanforderungen in Form eines Nachweises über die Mitgliedschaft bei der Gütergemeinschaft Wassertechnik oder eines Nachweises von Einzelprüfungen durch die Gütergemeinschaft Wassertechnik zu fordern, habe die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Gesellschaft solche Nachweise ihrem Angebot nicht beigelegt. Die B*** GmbH sei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch derzeit nicht Mitglied der Gütergemeinschaft Wassertechnik und sie verfüge zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch zum Zeitpunkt der Einbringung des gegenständlichen Antrages über keine Nachweise der vom Auftraggeber alternativ geforderten Einzelprüfungen, bzw. über keine Zertifizierung im Sinne der Richtlinien M06 und M07 der Gütergemeinschaft Wassertechnik. Das ohne die im Punkt 03.1. der Ausschreibung geforderten Nachweise erstattete Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin widerspreche daher den Ausschreibungsbestimmungen. Mangels Mitgliedschaft bei der Gütergemeinschaft Wassertechnik und mangels zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch mangels derzeit vorliegender Nachweise von Einzelprüfungen sei der Mangel des Angebotes der. B*** GmbH als unbehebbar zu qualifizieren. Mit Verordnung des BMWa BGBl 11468 aus 2004, sei die Gütergemeinschaft Wassertechnik (GWT) als Produktzertifikationsstelle akkreditiert worden. Ihre Zertifizierungsbefugnis umfasst die Zertifizierung von Produkten, Verfahren und Dienstleistungen im Bereich ICS 23 Fluidsysteme und -bauteile gemäß einem in der Verordnungsanlage spezifizierten Umfang. Obwohl sich der Auftraggeber in seiner Ausschreibung festgelegt habe, von den Bietern einen schriftlichen Nachweis über das Vorliegen der entsprechenden Güteanforderungen in Form eines Nachweises über die Mitgliedschaft bei der Gütergemeinschaft Wassertechnik oder eines Nachweises von Einzelprüfungen durch die Gütergemeinschaft Wassertechnik zu fordern, habe die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Gesellschaft solche Nachweise ihrem Angebot nicht beigelegt. Die B*** GmbH sei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch derzeit nicht Mitglied der Gütergemeinschaft Wassertechnik und sie verfüge zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch zum Zeitpunkt der Einbringung des gegenständlichen Antrages über keine Nachweise der vom Auftraggeber alternativ geforderten Einzelprüfungen, bzw. über keine Zertifizierung im Sinne der Richtlinien M06 und M07 der Gütergemeinschaft Wassertechnik. Das ohne die im Punkt 03.1. der Ausschreibung geforderten Nachweise erstattete Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieterin widerspreche daher den Ausschreibungsbestimmungen. Mangels Mitgliedschaft bei der Gütergemeinschaft Wassertechnik und mangels zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und auch mangels derzeit vorliegender Nachweise von Einzelprüfungen sei der Mangel des Angebotes der. B*** GmbH als unbehebbar zu qualifizieren.

Das Angebot der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin wäre daher nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen, weshalb die Zuschlagsentscheidung daher mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Zudem enthalte das Faxschreiben des Auftraggebers die in § 131 Abs 1 4. Satz BVergG 2006 geforderten Angaben nicht und gebe auch die Stillhaltefrist des § 132 Abs 1 BVergG unrichtig wieder. Das Angebot der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin wäre daher nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen, weshalb die Zuschlagsentscheidung daher mit Rechtswidrigkeit belastet sei. Zudem enthalte das Faxschreiben des Auftraggebers die in Paragraph 131, Absatz eins, 4. Satz BVergG 2006 geforderten Angaben nicht und gebe auch die Stillhaltefrist des Paragraph 132, Absatz eins, BVergG unrichtig wieder.

Zum berechtigten Interesse führte die Antragstellerin aus, sie habe als befugtes, leistungsfähiges und zuverlässiges Unternehmen ein eminentes Interesse am Abschluss des Leistungsvertrages. Sie habe auch ein berücksichtigungswürdiges und gerechtfertigtes Interesse am Erhalt des vorliegenden, als weiteres Referenzprojekt verwendbaren Auftrages.

Zum drohenden Schaden brachte die Antragstellerin vor, das rechtswidrige Vorenthalten des Auftrages würde eine Schädigung der wirtschaftlichen und finanziellen Interessen der Antragstellerin zur Folge haben. Darüber hinaus habe die Antragstellerin bereits Arbeitskapazität in die Angebotserstellung investiert. Diese Aufwendungen seien frustriert und seien jedenfalls mit einem Wert von rund Euro 5.000,- bis Euro 10.000,- anzugeben.. Letztlich verbliebe als

weiterer Schaden auch der Entgang des Entgelts für den Auftrag und der damit verbundene Entgang des Gewinns, der vorsichtig geschätzt, mit 7 % der Angebotssumme angesetzt werden müsse. Darüber hinaus werde der Antragstellerin bzw. ihren Mitgliedern die Möglichkeit genommen, die erforderlichen Deckungsbeiträge zu verdienen.

Im Gegensatz zur für den Zuschlag in Aussicht genommenen Gesellschaft verfüge die Antragstellerin über die vom Auftraggeber geforderten Nachweise und habe diese dem Angebot auch beigelegt. Da die Antragstellerin das derzeit zweitgereichte Angebot gelegt habe, sei bei rechtmäßiger Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich des Angebotes der B*** GmbH die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin die notwendige und dem Gesetz entsprechende Folge.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Vorgehensweise des Auftraggebers in ihren Rechten auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Ausscheidung des Angebotes der B*** GmbH, wofür die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, auf gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung, auf gesetzmäßige Zuschlagserteilung, verletzt.

Das gegenständliche Verfahren werde von keiner besonderen Dringlichkeit für den Auftraggeber beherrscht. Der Auftraggeber, aber auch der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin B*** GmbH drohe kein Nachteil, der in einem Verhältnis zum Nachteil für die Antragstellerin und gefährdete Partei stünde, wenn die einstweilige Verfügung nicht erlassen würde und der Zuschlag ungehindert erteilt werden könne. Diesfalls nämlich würde der von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag dargestellte drohende Schaden endgültig eintreten. Der Verlust des Referenzprojektes und die Unmöglichkeit, die eigene Sachkunde und Leistungsbereitschaft unter Beweis stellen zu können, seien definitiv. Dieser Schaden könne auch durch ein allfälliges Feststellungsverfahren und zivilrechtlichen Schadenersatz, der stets nur in Geld besteht, nicht ausgeglichen werden.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 3.4.2009 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und bestätigte weiters im Wesentlichen den vom Antragsteller dargestellten zeitlichen Ablauf zum Vergabeverfahren.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, dem Erlass für die Dauer von sechs Wochen zuzustimmen. Diese Frist von sechs Wochen entspreche der Entscheidungsfrist gemäß § 326 BVergG 2006. Nach § 329 Abs 3 nämlich sei die Zeit, für welche die einstweilige Verfügung getroffen werde, zu bestimmen, weshalb sich der Auftraggeber gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf unbestimmte Zeit ausspreche, da diese § 329 Abs 3 BVergG 2006 widerspreche und eine einstweilige Verfügung auf unbestimmte Zeit nicht die geforderte Interessensabwägung zulasse. Für die folgenden sechs Wochen könne jedoch der Auftraggeber außer Streit stellen, dass das Interesse an der gegenständlichen Nachprüfung das Interesse an einer zügigen Abwicklung des Vergabeverfahrens überwiege, zumal auch diese sechswöchige mögliche Nachprüfungsfrist berücksichtigt worden sei. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte der Auftraggeber aus, dem Erlass für die Dauer von sechs Wochen zuzustimmen. Diese Frist von sechs Wochen entspreche der Entscheidungsfrist gemäß Paragraph 326, BVergG 2006. Nach Paragraph 329, Absatz 3, nämlich sei die Zeit, für welche die einstweilige Verfügung getroffen werde, zu bestimmen, weshalb sich der Auftraggeber gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf unbestimmte Zeit ausspreche, da diese Paragraph 329, Absatz 3, BVergG 2006 widerspreche und eine einstweilige Verfügung auf unbestimmte Zeit nicht die geforderte Interessensabwägung zulasse. Für die folgenden sechs Wochen könne jedoch der Auftraggeber außer Streit stellen, dass das Interesse an der gegenständlichen Nachprüfung das Interesse an einer zügigen Abwicklung des Vergabeverfahrens überwiege, zumal auch diese sechswöchige mögliche Nachprüfungsfrist berücksichtigt worden sei.

Zum Nachprüfungsantrag bzw zum Antrag auf Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung bracht der Auftraggeber vor, B*** GmbH verfüge über die geforderten Nachweise nach der GWT - Richtlinie. Richtig sei, dass dieser Nachweis nicht dem Angebot angeschlossen gewesen sei. Er sei jedoch auf Aufforderung fristgerecht nachgereicht worden. Die Zuschlagsentscheidung berücksichtige entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch die an die Bieter gesetzten Anforderungen betreffend den Nachweis über die Einhaltung der GWT -Richtlinien.

Betreffend die vergaberechtliche Einstufung des Nachweises über die GWT - Richtlinie werde vorgebracht, dass der Nachweis über die GWT -Richtlinie kein Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters sei. Wolle man diesen als Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit verstehen, widerspreche dies dem § 75 Abs 6 BVergG 2006. Ein derartiger Nachweis hätte gar nicht gefordert werden dürfen. Daher sei die Forderung nach dem Nachweis der österreichischen Güteanforderung für Produkte im Siedlungswasserbau auch nicht als Leistungsfähigkeitsnachweis gefordert worden, sondern unter Punkt D 3 "Qualitätsanforderungen, allgemeine Ausführungsbedingungen und

Richtlinien". Im Einzelnen sei folgende Vorgabe den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen: Betreffend die vergaberechtliche Einstufung des Nachweises über die GWT - Richtlinie werde vorgebracht, dass der Nachweis über die GWT -Richtlinie kein Nachweis über die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters sei. Wolle man diesen als Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit verstehen, widerspreche dies dem Paragraph 75, Absatz 6, BVergG 2006. Ein derartiger Nachweis hätte gar nicht gefordert werden dürfen. Daher sei die Forderung nach dem Nachweis der österreichischen Güteanforderung für Produkte im Siedlungswasserbau auch nicht als Leistungsfähigkeitsnachweis gefordert worden, sondern unter Punkt D 3 "Qualitätsanforderungen, allgemeine Ausführungsbedingungen und Richtlinien". Im Einzelnen sei folgende Vorgabe den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen:

"Die in den technischen Vertragsbestimmungen beschriebenen Bedingungen gelten für alle neu zu liefernden Komponenten. Die Ausführung der Leistungen hat in Abstimmung mit der auf der Kläranlage installierten Ausführungen zu erfolgen.

D 3.1 Gütebestimmungen

"Es sind die einschlägigen Produktrichtlinien der österreichischen Produktrichtlinien der österreichischen Güteanforderung in der geltenden Fassung für die Produkte im Siedlungswasserbau einzuhalten ...".

Die Ausschreibungsbestimmungen über die technische Leistungsfähigkeit seien dagegen in Punkt B 13.1 "erforderliche Nachweise" zu finden: Hier werde auf § 75 BVergG 2006 verwiesen und dazu ergänzend ausgeführt eine Referenzliste und Angabe und Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer. Die Forderung über nach dem Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinie sei daher kein geforderter Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, sondern eine im Auftragsfall zu beachtende Qualitätsanforderung. Sie sei eine technische Vertragsbestimmung. Die Ausschreibungsbestimmungen über die technische Leistungsfähigkeit seien dagegen in Punkt B 13.1 "erforderliche Nachweise" zu finden: Hier werde auf Paragraph 75, BVergG 2006 verwiesen und dazu ergänzend ausgeführt eine Referenzliste und Angabe und Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer. Die Forderung über nach dem Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinie sei daher kein geforderter Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, sondern eine im Auftragsfall zu beachtende Qualitätsanforderung. Sie sei eine technische Vertragsbestimmung.

Betreffend den Zeitpunkt des Vorliegens des GWT-Nachweises bzw die Behebbarkeit des fehlenden Nachweises bei Angebotsabgabe werde ausgeführt, richtig sei, dass nach Punkt D.3.1 der GWT -Nachweis bei Angebotsabgabe vorzuliegen gehabt habe und die präsumtive Bestbieterin diesen Nachweis bei Angebotsabgabe nicht vorgelegt habe. Fraglich sei jedoch, ob ein Nachreichen dieses Nachweises zulässig bzw dieser Mangel behebbar sei, was zu bejahen sei. Den Ausschreibungsunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass dieser GWT - Nachweis zwingend bei Angebotsabgabe vorliegen habe müssen bei sonstigem Ausscheiden des Angebots. Die Frage nach der Behebbarkeit dieses Mangels richte sich daher nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regeln. Der präsumtive Bestbieter habe sich bereits mit Abgabe des gegenständlichen Angebots zur Einhaltung der gegenständlichen technischen Vertragsbestimmungen, so auch zur Einhaltung des Nachweises über die GWT -Richtlinie verpflichtet. Damit sei der Leistungsinhalt bereits bei Angebotsabgabe festgestanden und eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bestbieters ausgeschlossen.

Ob der Bestbieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe diesen Nachweis führen könne oder erst vor Auftragserteilung erbringe, sei dagegen unerheblich. Es werde auch kein ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil daraus gezogen, dass er den Nachweis über das geforderte GWT -Gütezeichen nachgereicht werde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei hiezu nicht nur schon aufgrund des Angebots verpflichtet, sondern habe bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über die geforderte Produkt- und Ausführungsgüte verfügt. Andernfalls wäre es nicht möglich gewesen, in kurzer Zeit die GWT Zertifizierung nachzureichen. Wenn hiefür die Zertifizierung nachgereicht werde, werde keine Besserstellung gegenüber den Mitbewerbern erzielt, wie insbesondere der Antragstellerin. Vor diesem Hintergrund sei das Nachreichen eines fehlenden Nachweises zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe als behebbarer Mangel zu qualifizieren und habe nicht das Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Bestbieterin zur Folge. Es werde daher beantragt, die einstweilige Verfügung mit sechs Wochen befristen und den Antrag auf Nichtigerklärung und Ersatz der getätigten Pauschalgebühren abzuweisen.

Am 6.4.2009 legte der Auftraggeber die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens dem Bundesvergabeamt vor.

Aufgrund der Akteninhalte, der vorgelegten Originalunterlagen und der Stellungnahmen des Auftraggebers und der Antragstellerin wird im Rahmen des Provisorialverfahrens folgender Sachverhalt festgestellt.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Dezember 2008 schrieb das Ingenieurbüro C*** ZT- GmbH, als ausschreibende Stelle im Namen des Abwasserverbandes Wiener Neustadt Süd die Anpassung und Erweiterung der Kläranlage, Bauabschnitt 13, Elektroinstallationen für das E-Verteilergebäude sowie Kabelum- und -neuverlegungen, als Bauauftrag, CPV Code 45200000, im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich aus. Als Datum der Absendung der Bekanntmachung zur Veröffentlichung im Amtlicher Lieferungsanzeiger und im Landesamtsblatt der NÖ Landesregierung: wurde vom Auftraggeber der 18.12.2008 angegeben. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip)erteilt werden. Als Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 30.1.2009, 09.25.Uhr festgelegt, die Angebotsöffnung erfolgte am selben Tag um 09.25 Uhr. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers im Unterschwellenbereich.

Die Antragstellerin hat neben 8 weiteren Bietern rechtzeitig ein Angebot abgegeben. Nach dem Preis ergab sich bei der Angebotsöffnung, bei der laut Niederschrift sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin vertreten waren, folgende Reihung (ohne Ust):

B*** GesmbH: Euro 94.220,17

A*** GesmbH: Euro 108.105,20

Fa. D*** GesmbH: Euro 143.841,20

Fa. E*** GmbH: Euro 145.854,20

Demnach wurde das Angebot der B*** preislich an erste Stelle, jenes der Antragstellerin an zweite Stelle gereiht. Nach Prüfung der Angebote und laut Prüfbericht wurde dieses Ergebnis bestätigt.

Mit Telefax, datiert 27.3.2009 hat daher der Auftraggeber der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. B***GesmbH, mit einer Vergabesumme von Euro 94.220,17.-bekanntgegeben.

Mit Schriftsatz vom 2.4.2009 beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber weiche ohne Rechtfertigung von seinen Festlegungen in der Ausschreibung ab. Unter Punkt D3.1. der Ausschreibung sei festgelegt:

" Gütebestimmungen

Es sind die einschlägigen Produktrichtlinien der österreichischen Güteanforderungen idgF für Produkte im Siedlungswasserbau einzuhalten. Der Nachweis über die Einhaltung der GWT-Richtlinien (Technische Güteanforderungen für Maschinen, Behälter und Ausrüstungsteile, M06 und M07, Gütegemeinschaft Wassertechnik - GWT, 1045 Wien, Wiedner Hauptstraße 63, Postfach 333) in der jeweils gültigen bzw. aktuellen Fassung sowie die darin zitierten EN-Normen ist zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in schriftlicher Form (Nachweis über die Mitgliedschaft oder Nachweis von Einzelprüfungen) vorzulegen, (....)". Die Zuschlagsentscheidung widerspreche daher der Ungleichbehandlung der Bieter und sei zu Unrecht zugunsten der B*** GesmbH getroffen worden, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot diese Nachweise nicht beigefügt habe und weder zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch derzeit Mitglied der Gütegemeinschaft Wassertechnik sei und daher nicht über die geforderten Nachweise verfüge.

Die Ausschreibungsbestimmungen sind unbekämpft geblieben.

Die Verständigung des Auftraggebers ist erfolgt (OZ 3), die Antragstellerin hat Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.750.- 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. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist der Abwasserverband Wiener Neustadt, ein Wasserverband, der auf der Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Es handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts und einen Selbstverwaltungsträger mit Behördenqualität. und ist somit als öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren und damit ist der persönliche Geltungsbereich des BVergG gegeben. (vgl BVA 17.03.2004, 15N-17/04-17; BVA 07.05.2004, 15N- 46/04-14) Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Bauauftrag (CPVCode 45200000) gemäß § 4 BVergG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs.1 Z 3 BVergG sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist der Abwasserverband Wiener Neustadt, ein Wasserverband, der auf der Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG 1959 zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Es handelt sich somit um eine Körperschaft öffentlichen Rechts und einen Selbstverwaltungsträger mit Behördenqualität. und ist somit als öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zu qualifizieren und damit ist der persönliche Geltungsbereich des BVergG gegeben. vergleiche BVA 17.03.2004, 15N-17/04-17; BVA 07.05.2004, 15N-46/04-14) Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um Bauauftrag (CPVCode 45200000) gemäß Paragraph 4, BVergG. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben des Auftraggebers jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

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

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

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

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

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 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 Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die der B*** 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 des Auftraggebers die Vergabe an die der B*** 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. Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend gemacht.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat, dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (VfGH 1.8.2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4 mwN).

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es demnach, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, durch die einstweilige Verfügung zu verhindern, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags wäre, stellt die Untersagung der Zuschlagserteilung ein geeignetes Mittel dar, um das Nachprüfungsverfahren zu sichern. Es ist in diesem Zusammenhang das einzige zum Ziel führende Mittel. Da die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin im Übrigen nicht beschränkt wird, stellt es auch das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs 2 BVergG dar. Da der nächste Schritt der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags wäre, stellt die Untersagung der Zuschlagserteilung ein geeignetes Mittel dar, um das Nachprüfungsverfahren zu sichern. Es ist in diesem Zusammenhang das einzige zum Ziel führende Mittel. Da die Handlungsfreiheit der Auftraggeberin im Übrigen nicht beschränkt wird, stellt es auch das gelindeste Mittel iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG dar.

Die Antragstellerin begehrt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch für sechs Wochen. § 328 Abs 2 BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. 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 Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum 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, längstens jedoch für sechs Wochen. Paragraph 328, Absatz 2, BVergG verlangt in einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Nennung einer bestimmten Frist. 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 Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabebeamten 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).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung, Erlassung, kein Einwand des Auftraggebers

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2009

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