

# TE Verg Bescheid 2008/12/30 N/0170-BVA/03/2008-EV8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.12.2008

## Norm

BVergG 2006 §2

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §4 Z1

BVergG 2006 §4 Z3

BVergG 2006 §7 Abs1 Z2

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

WRG 1959 §87 Abs1

WRG 1959 §139 Abs2

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

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

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

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

1. BVergG 2006 § 7 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

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. 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

1. WRG 1959 § 139 heute
2. WRG 1959 § 139 gültig ab 22.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2003
3. WRG 1959 § 139 gültig von 01.10.1997 bis 21.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 74/1997
4. WRG 1959 § 139 gültig von 01.11.1959 bis 30.09.1997

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senats 3, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung der HW-Schutzanlagen / Senningbachdämme" der Auftraggeberin DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz, Am Brigittenauer Sporn 7, 1200 Wien, vertreten durch die geschäftsführende Stelle via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH, Donau-City-Straße 1, 1220 Wien, alle vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft A\*\*\* Bau GmbH und B\*\*\* Bau GmbH vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 23. Dezember 2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senats 3, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß

Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung der HW-Schutzanlagen / Senningbachdämme" der Auftraggeberin DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz, Am Brigittenauer Sporn 7, 1200 Wien, vertreten durch die geschäftsführende Stelle via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH, Donau-City-Straße 1, 1220 Wien, alle vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, eingeleitet über Antrag der Bietergemeinschaft A\*\*\* Bau GmbH und B\*\*\* Bau GmbH vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 23. Dezember 2008, wie folgt entschieden:

#### SPRUCH

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlags im Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen betreffend die Sanierung der HW-Schutzanlagen / Senningbachdämme untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Sanierung der HW-Schutzanlagen / Senningbachdämme", 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 23. Dezember 2008 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot und der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass die DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz vertreten durch die geschäftsführende Stelle via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH Bauleistungen im Unterschwellenbereich in offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zu vergeben beabsichtige. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt, das an erster Stelle zu reihen sei. Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 22. Oktober 2008 zur Beibringung diverser Unterlagen und Nachweise aufgefordert worden. Dieser Aufforderung sei mit Schreiben vom 30. Oktober 2008 entsprochen worden. Am 19. November 2008 habe zwischen der Auftraggeberin und der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, das von der Auftraggeberin protokolliert worden sei. Darin sei festgehalten worden, dass die Antragstellerin bis zum 24. November 2008 "nachvollziehbare Kalkulationsunterlagen i.S. der Ausschreibung und des Bundesvergabegesetzes liefern" werde. Diese sei am 24. November 2008 geliefert worden. Mit Telefax vom 18. Dezember 2008 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden worden wie und beabsichtigt sei, den Zuschlag an eine Konkurrentin zu erteilen. Als Ausscheidensgründe seien die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufgrund des Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen sowie die unterlassene und nicht nachvollziehbare Aufklärung. Das Ausscheiden sei rechtswidrig, da der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt sei. Er sei entsprechend der Ö-NORM B 2061, Stand 1.9.1999, kalkuliert. Die Aufgliederung der Preise sei mittels K7-Blättern erfolgt. Es hätten keine Kostenverlagerungen stattgefunden. Die geforderten Nachweise, insbesondere der Nachweis für den Jahresumsatz im Bauhauptgewerbe sei fristgerecht vorgelegt worden. Der für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer sei zusammen mit dem Angebot genannt worden. Die Antragstellerin sei daher geeignet. Das Ausscheiden der Antragstellerin und die Zuschlagsentscheidung seien daher rechtswidrig. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, das sie durch Beteiligung am Vergabeverfahren und Angebotslegung erwiesen habe. Sie erleide durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes und einen rechtswidrigen Zuschlag einen Schaden durch die Nichtabdeckung der AfA für Baugeräte, die eingesetzt würden, die Kosten für nicht effizient eingesetztes Personal und die anteilige Zentralregie samt entgangenem Gewinn. Die Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und Rechtsberatungskosten seien schon angefallen. Da sich die Antragstellerin auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen wolle, erleide sie auch durch den Verlust eines Referenzprojektes einen Schaden. Die Antragstellerin stellte am 23. Dezember 2008 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, auf

Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Anträge auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend ihr Angebot und der Zuschlagsentscheidung. Sie brachte darin im Wesentlichen vor, dass die DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz vertreten durch die geschäftsführende Stelle via donau Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft mbH Bauleistungen im Unterschwellenbereich in offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip zu vergeben beabsichtige. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein Angebot gelegt, das an erster Stelle zu reihen sei. Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 22. Oktober 2008 zur Beibringung diverser Unterlagen und Nachweise aufgefordert worden. Dieser Aufforderung sei mit Schreiben vom 30. Oktober 2008 entsprochen worden. Am 19. November 2008 habe zwischen der Auftraggeberin und der Antragstellerin ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, das von der Auftraggeberin protokolliert worden sei. Darin sei festgehalten worden, dass die Antragstellerin bis zum 24. November 2008 "nachvollziehbare Kalkulationsunterlagen i.S. der Ausschreibung und des Bundesvergabegesetzes liefern" werde. Diese sei am 24. November 2008 geliefert worden. Mit Telefax vom 18. Dezember 2008 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden worden wie und beabsichtigt sei, den Zuschlag an eine Konkurrentin zu erteilen. Als Ausscheidensgründe seien die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufgrund des Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen sowie die unterlassene und nicht nachvollziehbare Aufklärung. Das Ausscheiden sei rechtswidrig, da der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt sei. Er sei entsprechend der Ö-NORM B 2061, Stand 1.9.1999, kalkuliert. Die Aufgliederung der Preise sei mittels K7-Blättern erfolgt. Es hätten keine Kostenverlagerungen stattgefunden. Die geforderten Nachweise, insbesondere der Nachweis für den Jahresumsatz im Bauhauptgewerbe sei fristgerecht vorgelegt worden. Der für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderliche Subunternehmer sei zusammen mit dem Angebot genannt worden. Die Antragstellerin sei daher geeignet. Das Ausscheiden der Antragstellerin und die Zuschlagsentscheidung seien daher rechtswidrig. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, das sie durch Beteiligung am Vergabeverfahren und Angebotslegung erwiesen habe. Sie erleide durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes und einen rechtswidrigen Zuschlag einen Schaden durch die Nichtabdeckung der AfA für Baugeräte, die eingesetzt würden, die Kosten für nicht effizient eingesetztes Personal und die anteilige Zentralregie samt entgangenem Gewinn. Die Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und Rechtsberatungskosten seien schon angefallen. Da sich die Antragstellerin auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen wolle, erleide sie auch durch den Verlust eines Referenzprojektes einen Schaden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin nach Ablauf der Stillhaltefrist von sieben Tagen den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren erteilen könne. Dem Nachprüfungsantrag komme jedoch keine aufschiebende Wirkung zu. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße Feststellung der fehlerhaften Zuschlagserteilung vermöge die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen. Die Antragstellerin erklärte ihr Vorbringen zum Nachprüfungsantrag auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Ein besonderes Interesse der Auftraggeberin stehe der einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung nicht entgegen. Öffentliche Interessen wie die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum seien nicht berührt. Eine allfällige Verzögerung der Auftragsdurchführung, die aus der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens resultierte, stelle somit keinen tauglichen Hinderungsgrund dar, wolle man die Wirksamkeit dieses Rechtsinstituts nicht völlig aushöhlen. Es scheine auch keine besondere Dringlichkeit bei der Auftragsdurchführung vorzuliegen. Öffentliche Auftraggeber hätten bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehenden Verzögerungen ins Kalkül zu ziehen. Die Interessensabwägung habe zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei im Hinblick darauf, dass die (rechtswidrige) Zuschlagserteilung zugunsten der Mitbewerberin zu verhindern sei, geeignet und auch nicht überschießend.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 29. Dezember 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Provisorialverfahren führte sie aus, dass keine überwiegenden Interessen der Auftraggeberin oder ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens iSd § 329 Abs 1 BVergG bestehe. Sie verwies auf die Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, den Zuschlag zu erhalten und damit den Gewinn zu erzielen sowie ein Referenzprojekt durchführen zu können. Die Stellungnahme zum Hauptverfahren blieb vorbehalten. Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 29. Dezember 2008 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Zum Provisorialverfahren führte sie aus, dass keine überwiegenden

Interessen der Auftraggeberin oder ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG bestehe. Sie verwies auf die Interessen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, den Zuschlag zu erhalten und damit den Gewinn zu erzielen sowie ein Referenzprojekt durchführen zu können. Die Stellungnahme zum Hauptverfahren blieb vorbehalten.

Am 30. Dezember 2008 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Die DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz saniert die Hochwasserschutzdämme am Senningbach. Dazu wurden Bauleistungen im Unterschwellenbereich österreichweit ausgeschrieben. Als Auftraggeber ist in der Bekanntmachung der Ausschreibung ausschließlich die via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H. genannt. In Punkt I.2 der Bekanntmachung der Ausschreibung ist angegeben, dass der öffentliche Auftraggeber nicht für andere öffentliche Auftraggeber beschafft. Ein Datum der Absendung der Bekanntmachung ist nicht ersichtlich. Sie wurde im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter der Erkennungsnummer L-441557-898 veröffentlicht. Die Art des Auftrags ist laut Punkt II.1.2 (a) der Bekanntmachung der Ausschreibung eine Bauleistung, die Erbringung einer Bauleistung gleichgültig mit welchen Mitteln gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Es handelt sich nach Punkt II.1.3 der Bekanntmachung der Ausschreibung um einen öffentlichen Auftrag. Der Hauptgegenstand der Ausschreibung ist mit dem CPV-Code 45247200, Bauarbeiten für Dämme und ähnliche feste Konstruktionen. Die Vertragslaufzeit sollte nach Punkt II.3 der Bekanntmachung der Ausschreibung von 3. November 2008 bis 3. April 2009 sein. Nach Punkt IV.1.1 ist das Vergabeverfahren ein offenes Verfahren. Nach Punkt IV.2.1 soll der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war nach Punkt IV.3.4 der 10. Oktober 2008, 11.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt IV.3.8 am 10. Oktober 2008, 11.15 Uhr, stattfinden. (Bekanntmachung der Ausschreibung; amtliche Einschau unter auftrag.at; Unterlagen des Vergabeverfahrens) Die DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz saniert die Hochwasserschutzdämme am Senningbach. Dazu wurden Bauleistungen im Unterschwellenbereich österreichweit ausgeschrieben. Als Auftraggeber ist in der Bekanntmachung der Ausschreibung ausschließlich die via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H. genannt. In Punkt römisch eins.2 der Bekanntmachung der Ausschreibung ist angegeben, dass der öffentliche Auftraggeber nicht für andere öffentliche Auftraggeber beschafft. Ein Datum der Absendung der Bekanntmachung ist nicht ersichtlich. Sie wurde im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter der Erkennungsnummer L-441557-898 veröffentlicht. Die Art des Auftrags ist laut Punkt römisch zwei.1.2 (a) der Bekanntmachung der Ausschreibung eine Bauleistung, die Erbringung einer Bauleistung gleichgültig mit welchen Mitteln gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Es handelt sich nach Punkt römisch zwei.1.3 der Bekanntmachung der Ausschreibung um einen öffentlichen Auftrag. Der Hauptgegenstand der Ausschreibung ist mit dem CPV-Code 45247200, Bauarbeiten für Dämme und ähnliche feste Konstruktionen. Die Vertragslaufzeit sollte nach Punkt römisch zwei.3 der Bekanntmachung der Ausschreibung von 3. November 2008 bis 3. April 2009 sein. Nach Punkt römisch vier.1.1 ist das Vergabeverfahren ein offenes Verfahren. Nach Punkt römisch vier.2.1 soll der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Der Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war nach Punkt römisch vier.3.4 der 10. Oktober 2008, 11.00 Uhr. Die Angebotsöffnung sollte nach Punkt römisch vier.3.8 am 10. Oktober 2008, 11.15 Uhr, stattfinden. (Bekanntmachung der Ausschreibung; amtliche Einschau unter auftrag.at; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Bekanntmachung erfolgte am 12. September 2008. (Auskunft der Auftraggeberin)

Bei der Angebotsöffnung am 10. Oktober 2008 wurden fünf Angebote geöffnet. Das Angebot der Antragstellerin war mit einer Angebotssumme von Euro 1.889.672,15 ohne USt das billigste, jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit einer Summe von Euro 2.117.403,25 ohne USt das zweitbilligste. (Auskunft der Auftraggeberin)

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2008 forderte die C\*\*\* Ziviltechnikergesellschaft für Bauwesen GmbH die Antragstellerin auf, die Angabe über den Anteil des Subunternehmers an der Leistungserbringung anzugeben, sämtliche K7-Blätter vorzulegen, den Baustellkoordinator zu nennen, verschiedene Nachweise zur Leistungsfähigkeit vorzulegen, eine Erklärung über den Gesamtumsatz der letzten drei Jahre im Bauhauptgewerbe aller Mitglieder der Bietergemeinschaft vorzulegen. Weiters war gemäß § 125 Abs 4 BVergG Aufklärung über eine Reihe von Positionen zu

geben. Die Vorlage sollte bis 31. Oktober 2008, 12.00 Uhr erfolgen. (Beilage ./B zum Nachprüfungsantrag) Mit Schreiben vom 22. Oktober 2008 forderte die C\*\*\* Ziviltechnikergesellschaft für Bauwesen GmbH die Antragstellerin auf, die Angabe über den Anteil des Subunternehmers an der Leistungserbringung anzugeben, sämtliche K7-Blätter vorzulegen, den Baustellkoordinator zu nennen, verschiedene Nachweise zur Leistungsfähigkeit vorzulegen, eine Erklärung über den Gesamtumsatz der letzten drei Jahre im Bauhauptgewerbe aller Mitglieder der Bietergemeinschaft vorzulegen. Weiters war gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG Aufklärung über eine Reihe von Positionen zu geben. Die Vorlage sollte bis 31. Oktober 2008, 12.00 Uhr erfolgen. (Beilage ./B zum Nachprüfungsantrag)

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2008 gab die Antragstellerin die verlangten Auskünfte und legte die K7-Blätter und Nachweise vor. (Beilage ./C zum Nachprüfungsantrag)

Im Prüfbericht vom 4. November 2008 wurden das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin und die Vergabe an die Bietergemeinschaft D\*\*\* Baugesellschaft mbH, und E\*\*\* Baugesellschaft mbH, vorgeschlagen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 19. November 2008 fand ein Aufklärungsgespräch statt. Dabei wurde festgehalten, dass die Antragstellerin bis 24. November 2008 die Jahresumsätze für das Bauhauptgewerbe, eine entsprechende Referenzliste und eine nachvollziehbare Begründung für die Preise für die Positionen der Kampfmittelsondierung liefern wird. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Beilage ./D zum Nachprüfungsantrag)

Mit E-Mail vom 24. November 2008 erteilte die nunmehr rechtsfreundlich vertretene Antragstellerin die erbetenen Auskünfte und legte die Jahresumsätze für das Bauhauptgewerbe der B\*\*\* Bau, eine Referenzliste und das Angebot des Subunternehmers für die Kampfmittelsondierung vor. (Beilage ./E zum Nachprüfungsantrag)

In der Ergänzung des Prüfberichts vom 4. Dezember 2008 wurde das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin erneut geprüft und vorgeschlagen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 15. Dezember 2008 wurde der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung, den übrigen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 rügte die Antragstellerin diese Vorgangsweise. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 18. Dezember 2008 wurde die Zuschlagsentscheidung vom 15. Dezember 2008 zurückgenommen und allen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft D\*\*\* Baugesellschaft mbH, und E\*\*\* Baugesellschaft mbH, bekannt gegeben. Der Antragstellerin wurde in diesem Telefax auch die Entscheidung bekanntgegeben, ihr Angebot auszuscheiden. Zur Begründung ist darin angeführt:

"Wir bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass das Angebot zum Vergabeverfahrens 'Stockerau - Senningbach Sanierung der Dammanlagen' der Bietergemeinschaft A\*\*\* Bau GmbH und B\*\*\* Bau GmbH gemäß § 129 (1) Zif. 2, 3 und 7 sowie gemäß § 129 (2) BVergG 2006 aufgrund fehlender Eignung, aufgrund nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises, aufgrund des Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen (insbesondere den Kalkulationsbedingungen) sowie wegen unterlassener und nicht nachvollziehbarer Aufklärung vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden wird." Wir bedauern Ihnen mitteilen zu müssen, dass das Angebot zum Vergabeverfahrens 'Stockerau - Senningbach Sanierung der Dammanlagen' der Bietergemeinschaft A\*\*\* Bau GmbH und B\*\*\* Bau GmbH gemäß Paragraph 129, (1) Zif. 2, 3 und 7 sowie gemäß Paragraph 129, (2) BVergG 2006 aufgrund fehlender Eignung, aufgrund nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises, aufgrund des Widerspruchs zu den Ausschreibungsbedingungen (insbesondere den Kalkulationsbedingungen) sowie wegen unterlassener und nicht nachvollziehbarer Aufklärung vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden wird.

Nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 126 BVergG 2006 wird festgehalten, dass die Preise und die Kalkulation für die Kampfmittelsondierung des Bieters sowie für die Baustellengemeinkosten weder nachvollziehbare Aufwands- und Verbrauchsansätze aufweisen (insbesondere die Position 'Tiefensondierung für Schmalwandbereiche'), noch in der vorgenommenen Aufgliederung der Preise aus der Erfahrung heraus erklärbar sind (es gibt keinerlei Aufgliederung). Wesentliche Kosten insbesondere der Leistung 'Tiefensondierung für Schmalwandbereiche' wurden im Widerspruch zu den Kalkulationsbedingungen in die Baustellengemeinkosten umgelegt. Die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten, aber in Ihrem Angebot fehlenden Nachweise betreffend Jahresumsatz im Bauhauptgewerbe wurden trotz Aufklärungsersuchen vom 22.10.2008 nicht fristgerecht vorgelegt. Nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 wird

festgehalten, dass die Preise und die Kalkulation für die Kampfmittelsondierung des Bieters sowie für die Baustellengemeinkosten weder nachvollziehbare Aufwands- und Verbrauchsansätze aufweisen (insbesondere die Position 'Tiefensondierung für Schmalwandbereiche'), noch in der vorgenommenen Aufgliederung der Preise aus der Erfahrung heraus erklärbar sind (es gibt keinerlei Aufgliederung). Wesentliche Kosten insbesondere der Leistung 'Tiefensondierung für Schmalwandbereiche' wurden im Widerspruch zu den Kalkulationsbedingungen in die Baustellengemeinkosten umgelegt. Die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten, aber in Ihrem Angebot fehlenden Nachweise betreffend Jahresumsatz im Bauhauptgewerbe wurden trotz Aufklärungsersuchen vom 22.10.2008 nicht fristgerecht vorgelegt.

Die Mitglieder Ihrer Bietergemeinschaft können die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Referenzaufträge vergleichbarer Bauleistungen nicht vorweisen; der für den Nachweis dieses Eignungskriteriums genannte Subunternehmer Grund-, Pfahl- und Sonderbau GmbH wurde nicht bereits im Angebot und somit verspätet genannt."

(Auskunft der Auftraggeberin; vorgelegte Telefaxe und Faxsendeprotokolle; Beilage .F zum Nachprüfungsantrag)

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

Die Antragstellerin bezahlte insgesamt Euro 3.750 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher 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 nach dem übereinstimmenden Vorbringen aller Verfahrensparteien die DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz. Sie wurde mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1927 über die Bildung einer Donauhochwasserschutz-Konkurrenz, BGBl 372/1927, gegründet. Gemäß § 1 leg cit ist ihr Zweck die Erhaltung der auf Grund der Donauregulierungsgesetze ausgeführten Schutz- und Dammbauten in der Strecke von der Einmündung der Ysper in die Donau bis zur Landesgrenze bei Theben sowie die Erhaltung des Betriebs und die Verwaltung der damit zusammenhängenden Anlagen und Grundflächen. Nach dieser Bestimmung beteiligen sich der Bund, das Bundesland Niederösterreich und die Gemeinde Wien. Nach § 2 Abs 1 leg cit leisten der Bund 70 %, das Bundesland Niederösterreich und die Gemeinde Wien je 15 % der Kostenanteile der für Bauten und Anlagen. Im gleichen Ausmaß beteiligen sich gemäß § 2 Abs 2 leg cit die genannten Rechtsträger an den Kosten der Erhaltungs-, Betriebs- und Verwaltungstätigkeit der Donauhochwasserschutz-Konkurrenz. Ein allenfalls zur Verteilung gelangender Überschuss aus der Verwertung von Liegenschaften soll gemäß § 1 Abs 2 leg cit im genannten Ausmaß zur Verteilung gelangen. Gemäß § 139 Abs 2 Wasserrechtsgesetz 1959 - WRG 1959, BGBl 215/1959 idF BGBl I 123/2006, sind die bis zum Inkrafttreten des WRG durch Gesetz gebildeten Konkurrenzen - also auch und vor allem die DHK - Wasserverbände, die § 87 Abs 1 WRG 1959 zufolge Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (OGH 25.1.1994, 1 Ob 34/93). Daraus ergibt sich auch eine rechtliche Selbständigkeit als Körperschaft öffentlichen Rechts Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist nach dem übereinstimmenden Vorbringen aller Verfahrensparteien die DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz. Sie wurde mit dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1927 über die Bildung einer Donauhochwasserschutz-Konkurrenz, Bundesgesetzblatt 372 aus 1927,, gegründet. Gemäß Paragraph eins, leg cit ist ihr Zweck die Erhaltung der auf Grund der Donauregulierungsgesetze ausgeführten Schutz- und Dammbauten in der Strecke von der Einmündung der Ysper in die Donau bis zur Landesgrenze bei Theben sowie die Erhaltung des Betriebs und die Verwaltung der damit zusammenhängenden Anlagen und Grundflächen. Nach dieser Bestimmung beteiligen sich der Bund, das Bundesland Niederösterreich und die Gemeinde Wien. Nach Paragraph 2, Absatz eins, leg cit leisten der Bund 70 %, das Bundesland Niederösterreich und die Gemeinde Wien je 15 % der Kostenanteile der für Bauten und Anlagen. Im gleichen Ausmaß beteiligen sich gemäß Paragraph 2, Absatz 2, leg cit die genannten Rechtsträger an den Kosten der Erhaltungs-, Betriebs- und Verwaltungstätigkeit der Donauhochwasserschutz-Konkurrenz. Ein allenfalls zur Verteilung gelangender Überschuss aus der Verwertung von

Liegenschaften soll gemäß Paragraph eins, Absatz 2, leg cit im genannten Ausmaß zur Verteilung gelangen. Gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Wasserrechtsgesetz 1959 - WRG 1959, Bundesgesetzblatt 215 aus 1959, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 123 aus 2006,, sind die bis zum Inkrafttreten des WRG durch Gesetz gebildete Konkurrenzen - also auch und vor allem die DHK - Wasserverbände, die Paragraph 87, Absatz eins, WRG 1959 zufolge Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (OGH 25.1.1994, 1 Ob 34/93). Daraus ergibt sich auch eine rechtliche Selbständigkeit als Körperschaft öffentlichen Rechts.

Der Hochwasserschutz liegt zweifellos im Allgemeininteresse, zumal ein Interesse aller in dem betroffenen Gebiet Wohnenden daran besteht, vor den schädlichen Auswirkungen eines Hochwassers geschützt zu werden. Da diese Tätigkeit nicht auf dem Markt angeboten werden kann und wird, in ihrer Lage und Funktion von den naturräumlichen Gegebenheiten abhängt und nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, ist sie nicht gewerblicher Art. Sie genießt rechtliche Selbständigkeit. Eigentümer sind der Bund, das Bundesland Niederösterreich und die Gemeinde Wien, öffentliche Auftraggeber gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BVergG 2006. Sie tragen auch die Kosten der Donau Hochwasserschutz-Konkurrenz. Sie ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß § 7 Abs 1 Z 2 BVergG. Wegen der Eigentumsverhältnisse ist sie gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG dem Vollzugsbereich des Bundes zuzurechnen. Der Hochwasserschutz liegt zweifellos im Allgemeininteresse, zumal ein Interesse aller in dem betroffenen Gebiet Wohnenden daran besteht, vor den schädlichen Auswirkungen eines Hochwassers geschützt zu werden. Da diese Tätigkeit nicht auf dem Markt angeboten werden kann und wird, in ihrer Lage und Funktion von den naturräumlichen Gegebenheiten abhängt und nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, ist sie nicht gewerblicher "Art". Sie genießt rechtliche Selbständigkeit. Eigentümer sind der Bund, das Bundesland Niederösterreich und die Gemeinde Wien, öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie tragen auch die Kosten der Donau Hochwasserschutz-Konkurrenz. Sie ist daher öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Wegen der Eigentumsverhältnisse ist sie gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG dem Vollzugsbereich des Bundes zuzurechnen.

Gemäß § 2 Abs 1 Z 8 Bundesgesetz über Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung - Wasserstraßengesetz, BGBl I 177/2004 idF BGBl I 97/2005, sind die Bundesagenden der Donau Hochwasserschutz Konkurrenz Teil der Wasserstraßenverwaltung des Bundes. Zur Erfüllung der wasserstraßenspezifischen Aufgaben des Bundes, insbesondere der Bundes-Wasserstraßenverwaltung, wurde durch § 4 Abs 1 Wasserstraßengesetz eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Firmenwortlaut "via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m. b. H." gegründet. Sie steht gemäß § 6 Wasserstraßengesetz zu 100 % im Eigentum des Bundes. Gemäß § 10 Abs 1 Z 1 Wasserstraßengesetz ist die Bundes-Wasserstraßenverwaltung gemäß § 2 Abs 1 Z 1 bis 11 Wasserstraßengesetz Teil des Unternehmensgegenstandes der via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H. Somit gehört die Wahrnehmung der Aufgaben der DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz zu ihrem Unternehmensgegenstand. Die DHK wird daher von der via donau vertreten. Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 8, Bundesgesetz über Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung - Wasserstraßengesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, 177 aus 2004, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 97 aus 2005,, sind die Bundesagenden der Donau Hochwasserschutz Konkurrenz Teil der Wasserstraßenverwaltung des Bundes. Zur Erfüllung der wasserstraßenspezifischen Aufgaben des Bundes, insbesondere der Bundes-Wasserstraßenverwaltung, wurde durch Paragraph 4, Absatz eins, Wasserstraßengesetz eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Firmenwortlaut "via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m. b. H." gegründet. Sie steht gemäß Paragraph 6, Wasserstraßengesetz zu 100 % im Eigentum des Bundes. Gemäß Paragraph 10, Absatz eins, Ziffer eins, Wasserstraßengesetz ist die Bundes-Wasserstraßenverwaltung gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins bis 11 Wasserstraßengesetz Teil des Unternehmensgegenstandes der via donau - Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft m.b.H. Somit gehört die Wahrnehmung der Aufgaben der DHK - Donau Hochwasserschutz Konkurrenz zu ihrem Unternehmensgegenstand. Die DHK wird daher von der via donau vertreten.

Die ausgeschriebene Tätigkeit ist aufgrund der CPV Referenznummer eine Tätigkeit nach Klasse 45.24 in Anh I zum BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nicht nur - wie ausgeschrieben - um einen Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG, sondern auch um einen nach § 4 Z 1 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Die ausgeschriebene Tätigkeit ist aufgrund der CPV Referenznummer eine Tätigkeit nach Klasse 45.24 in Anh römisch eins zum BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich nicht nur - wie ausgeschrieben -



um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, Ziffer 3, BVergG, sondern auch um einen nach Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt 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 d 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 d, 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 Bundesvergabebeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabebeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

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 Bundesvergabebeamtes 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 Bundesvergabebeamtes 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 Bietergemeinschaft D\*\*\* Baugesellschaft mbH, und E\*\*\* Baugesellschaft mbH, 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 Bietergemeinschaft D\*\*\* Baugesellschaft mbH, und E\*\*\* Baugesellschaft mbH, 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. Die Auftraggeberin macht keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabebeamtes 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 dem Antragsteller bei Zutreffen seines Vorbringens drohenden Schäden und Nachteile abzuwenden, indem der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung dadurch wirksam gesichert wird, dass das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Auftraggeber ermöglicht. Bei beabsichtigter Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber ist dies deren vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, dass durch die einstweilige Verfügung verhindert werde, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren erfolgte Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird.

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 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. 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 nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV- 10; 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15.2.2008, N/0015- BVA/10/2008-011; siehe auch VfGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4). 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 keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. 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 nach einem bestimmten Datum fest gesetzten

Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008; 9.5.2006, N/0029-BVA/09/2006/EV- 10; 19.4.2007, N/0034-BVA/10-2007-EV020; 15.2.2008, N/0015- BVA/10/2008-011; siehe auch VwGH 10.12.2007, AW 2007/04/0054-4).

**Zuletzt aktualisiert am**

25.02.2009

**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](http://www.jusline.at)