

TE Verg Bescheid 2008/4/11 N/0023-BVA/03/2008-26

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.04.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §2 Z41
BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2
BVergG 2006 §4
BVergG 2006 §12 Abs1 Z3
BVergG 2006 §13 Abs3
BVergG 2006 §14 Abs1
BVergG 2006 §25 Abs3
BVergG 2006 §27
BVergG 2006 §103
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §312 Abs2 Z2
BVergG 2006 §318
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs3
BVergG 2006 §320
BVergG 2006 §321
BVergG 2006 §321 Abs1 Z5
BVergG 2006 §322 Abs1 Z8
BVergG 2006 §322 Abs2 Z2
BVergG 2006 §322 Abs3
BVergG 2006 §328 Abs1
BVergG 2006 §331 Abs1
BVergG 2006 §331 Abs2
BVergG 2006 §345 Abs13 Z1
WRG 1959 §§87ff
B-VG Art14b Abs2 Z1 lita
SchwellenwerteVO 2006 §1 Z3
RL 2004/18/EG
AVG §71 Abs1

4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
 7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
-
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. AVG § 71 heute
 2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
 3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
-
1. AVG § 71 heute
 2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
 3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
-
1. AVG § 71 heute
 2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
 3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
 6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Mataushek die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006 idF BGBl I Nr. 86/2007 betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren am Verbandssammler des Piestingtaler Abwasserverbandes (PVA)" des Auftraggebers Piestingtaler Abwasserverband, Hauptplatz 1, 2601 Sollenau, vertreten durch A*** GmbH, als vergebende Stelle, diese vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, eingeleitet über Antrag der B*** GmbH & Co KG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, vom 29. 2.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Mataushek die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr.

Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren am Verbandssammler des Piestingtaler Abwasserverbandes (PVA)" des Auftraggebers Piestingtaler Abwasserverband, Hauptplatz 1, 2601 Sollenau, vertreten durch A*** GmbH, als vergebende Stelle, diese vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH, eingeleitet über Antrag der B*** GmbH & Co KG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, vom 29. 2.2008, wie folgt entschieden:

SPRUCH

I.römisch eins.

Der Antrag der B*** GmbH & Co KG, vertreten durch F*** Rechtsanwälte, "die angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung, die Antragstellerin nicht zur Legung eines Angebots im Vergabeverfahren Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren am Verbandssammler des Piestingtaler Abwasserverbandes (PAV) zuzulassen, für nichtig zu erklären", wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der B*** GmbH & Co KG, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wird zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Dem Antrag, "der Auftraggeberin den Ersatz der entrichteten Gebühren aufzuerlegen", wird nicht stattgegeben.

BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz datiert 28.2.2008 und Poststempel vom selben Tag, eingebracht beim Bundesvergabeamt per e-mail am 28.2.2008, 15.37 Uhr, daher protokolliert am 29.9.2008, beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme an der 2.Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Nicht-Zulassung zur Legung eines Angebots " mit der Begründung, dass Nachweise, die erst bei der Angebotslegung zu erbringen sind, nicht bereits im Teilnahmeantrag erbracht wurden", jedenfalls unzulässig sei, vielmehr die Antragstellerin sämtliche Nachweise gemäß den Teilnahmebestimmungen erbracht habe und daher zur 2. Stufe der Vergabeverfahrens einzuladen sei.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Piestingtaler Abwasserverband (PAV) habe als Wasserverband, gegründet auf Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 und damit als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG und gem Art 14 b Abs 2 Z 1 lit. d) B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallend, das gegenständliche Vergabeverfahren, mit Bekanntmachung am 20.12.2007 im Amtlichen Lieferanzeiger unter der Bezeichnung "Wettbewerbsbekanntmachung", öffentlich ausgeschrieben. In der Kurzbeschreibung der Bekanntmachung sei ausgeführt, dass die Ausführung sämtlicher Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliningverfahren in vier Baulose aufgegliedert sei, welche über zwei Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werde, wobei im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs sich Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben könnten, mit dem Ziel, dass der Auftraggeber fünf geeignete qualifizierte Fachunternehmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen auswählen könne. In der Bekanntmachung sei ausdrücklich festgehalten, dass der gegenständliche Wettbewerb unter die Richtlinie 2004/18/EG falle. Da diese Richtlinie nur für öffentliche Aufträge gelte, die die in Art 7 der Richtlinie genannten geschätzten Auftragswerte übersteigen, erfolge die gegenständliche Vergabe daher im Oberschwellenbereich, wobei aber der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses jedoch im Unterschwellenbereich liege, da in den Teilnahmeunterlagen ein Auftragsvolumen von rund 3,2 Mio. netto angeführt sei. Auch wenn gemäß den Ausschreibungsunterlagen ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vorgesehen sei, spreche die vom Auftraggeber gewählte Terminologie für ein Vergabeverfahren im offenen Wettbewerb. Jedenfalls aber sei die Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme zuzulassen, gemäß § 2 Z 16 lit. a) sublit. bb) oder sublit. gg) BVergG gesondert anfechtbar. Der Auftraggeber habe der Antragstellerin mit E-Mail am 14.2.2008 die Nicht-Zulassung und am 18.2. 2008 die Gründe dafür bekannt gegeben. Die Antragstellerin erfülle gemäß dieser Mitteilung sämtliche Voraussetzungen für die Qualifikation des Unternehmens bzw. seien die entsprechenden Nachweise erbracht worden, jedoch seien die Nachweise zum Schlauchliningverfahren als nicht erfüllt angesehen worden. Trotz wiederholter

Versuche der Antragstellerin, beim Auftraggeber eine Nachreichung von Unterlagen zu erwirken, habe dieser dafür keine Möglichkeit gesehen. Es sei der Antragstellerin nicht erkennbar, aus welchem Grund diese nicht gemäß den §§ 68 bis 78 BVergG als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sei. Gemäß den Teilnahmeunterlagen, Punkt 3 (Geforderte Unterlagen, Angaben und Nachweise) habe die Antragstellerin die geforderten Angaben gemacht und die geforderten Nachweise beigelegt. Aus der "Auswertung des Teilnahmewettbewerbs" ergebe sich, dass hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit gemäß § 75 BVergG nach Ansicht des Auftraggebers Referenzen über zwei Kanalsanierungsprojekte betreffend den "Einbau von Schlauchlinern in Eiprofilen > 700/1050 bei drückendem Grundwasser" fehlen würden. Die Antragstellerin habe jedoch die entsprechenden Nachweise ihrem Angebot beigelegt. Sowohl nach § 69 BVergG, als auch nach den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen seien Nachweise für die Eignungskriterien erst bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzulegen. Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, der Piestingtaler Abwasserverband (PAV) habe als Wasserverband, gegründet auf Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG 1959 und damit als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und gem Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera d,) B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallend, das gegenständliche Vergabeverfahren, mit Bekanntmachung am 20.12.2007 im Amtlichen Lieferanzeiger unter der Bezeichnung "Wettbewerbsbekanntmachung", öffentlich ausgeschrieben. In der Kurzbeschreibung der Bekanntmachung sei ausgeführt, dass die Ausführung sämtlicher Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliniungsverfahren in vier Bau Lose aufgegliedert sei, welche über zwei Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werde, wobei im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs sich Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben könnten, mit dem Ziel, dass der Auftraggeber fünf geeignete qualifizierte Fachunternehmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen auswählen könne. In der Bekanntmachung sei ausdrücklich festgehalten, dass der gegenständliche Wettbewerb unter die Richtlinie 2004/18/EG falle. Da diese Richtlinie nur für öffentliche Aufträge gelte, die die in Artikel 7, der Richtlinie genannten geschätzten Auftragswerte übersteigen, erfolge die gegenständliche Vergabe daher im Oberschwellenbereich, wobei aber der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses jedoch im Unterschwellenbereich liege, da in den Teilnahmeunterlagen ein Auftragsvolumen von rund 3,2 Mio. netto angeführt sei. Auch wenn gemäß den Ausschreibungsunterlagen ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vorgesehen sei, spreche die vom Auftraggeber gewählte Terminologie für ein Vergabeverfahren im offenen Wettbewerb. Jedenfalls aber sei die Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin nicht zur Teilnahme zuzulassen, gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a,) Sub-Liter a, b, b,) oder Sub-Liter a, g, g,) BVergG gesondert anfechtbar. Der Auftraggeber habe der Antragstellerin mit E-Mail am 14.2.2008 die Nicht-Zulassung und am 18.2. 2008 die Gründe dafür bekannt gegeben. Die Antragstellerin erfülle gemäß dieser Mitteilung sämtliche Voraussetzungen für die Qualifikation des Unternehmens bzw. seien die entsprechenden Nachweise erbracht worden, jedoch seien die Nachweise zum Schlauchliniungsverfahren als nicht erfüllt angesehen worden. Trotz wiederholter Versuche der Antragstellerin, beim Auftraggeber eine Nachreichung von Unterlagen zu erwirken, habe dieser dafür keine Möglichkeit gesehen. Es sei der Antragstellerin nicht erkennbar, aus welchem Grund diese nicht gemäß den Paragraphen 68 bis 78 BVergG als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sei. Gemäß den Teilnahmeunterlagen, Punkt 3 (Geforderte Unterlagen, Angaben und Nachweise) habe die Antragstellerin die geforderten Angaben gemacht und die geforderten Nachweise beigelegt. Aus der "Auswertung des Teilnahmewettbewerbs" ergebe sich, dass hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 75, BVergG nach Ansicht des Auftraggebers Referenzen über zwei Kanalsanierungsprojekte betreffend den "Einbau von Schlauchlinern in Eiprofilen > 700/1050 bei drückendem Grundwasser" fehlen würden. Die Antragstellerin habe jedoch die entsprechenden Nachweise ihrem Angebot beigelegt. Sowohl nach Paragraph 69, BVergG, als auch nach den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen seien Nachweise für die Eignungskriterien erst bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzulegen.

Die in der Ausschreibung unter Punkt 3.2 als "Nachweise des Schlauchliniungsverfahrens" geforderten Angaben seien ebenfalls gemacht worden. Gemäß Punkt 3.2 der Ausschreibungsunterlagen sollen als Grundlage für alle geforderten Nachweise und Angaben die den Teilnahmeunterlagen beigelegten zusätzlichen technischen Vertragsbestimmungen für die grabenlose Sanierung des Verbandssammlers des PAV gelten. In diesen sei jedoch unter Punkt

1.1.1 ausdrücklich festgehalten, dass der Bieter zur Angebotsabgabe bestimmte Referenzen zu erbringen habe bzw. mit Abgabe des Angebots nachzuweisen habe, dass er über die notwendigen Voraussetzungen verfüge. Im Sinne der eindeutigen gesetzlichen Anordnungen und des Inhalts der Ausschreibung habe der Auftraggeber die Antragstellerin

daher nur dann nicht zuzulassen, wenn keine entsprechende Eignung vorliege und bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe kein entsprechender Nachweis erfolge. Die Nicht-Zulassung zur Legung eines Angebots mit der Begründung, dass Nachweise, die erst bei der Angebotslegung zu erbringen sind, nicht bereits im Teilnahmeantrag erbracht wurden, sei aber jedenfalls unzulässig.

Da die Entscheidung der Nicht-Zulassung der Antragstellerin am 14.2.2008 bekannt gegeben worden sei und es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle, sei der gegenständliche Antrag gemäß § 321 Abs1 Z 7 BVergG rechtzeitig. Die Pauschalgebühr sei jedoch aufgrund des Unterschwellenwertes des gegenständlichen Loses lediglich in der Höhe von Euro 2500.- zu entrichten. Durch die Nichtzulassung drohe der Antragstellerin ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Die Antragstellerin sei ein auf die Durchführung von Rohrsanierungen spezialisiertes Unternehmen und in diesem Bereich europaweit tätig. Aufgrund der vorhandenen großen Erfahrung und der ebenfalls vorhandenen Geräte sei die Antragstellerin ohne Weiteres in der Lage, beim gegenständlichen Vergabeverfahren ein kostengünstiges Angebot zu legen, sodass sie für den Auftragserhalt in Frage kommen würde. Bei einem geschätzten Auftragswert des gegenständlichen Loses von rund Euro 3,2 Mio. netto sei selbst bei einem kalkulierten Gewinnaufschlag von 10% der Erhalt des Auftrages durchaus realistisch. Durch die Nichtzulassung zur Legung eines Angebotes drohe daher der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe von rund Euro 300.000,00. Dazu komme, dass nach den Ausschreibungsunterlagen ein weiterer, inhaltlich weitgehend gleichgerichteter Auftrag zur Vergabe gelangen soll und durch die Nichtzulassung der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren die Teilnahme im zu erwartenden zweiten Vergabeverfahren erschwert werde. Im Hinblick auf den zu erzielenden Gewinn und den zweiten zur Vergabe gelangenden Auftrag habe die Antragstellerin daher ein erhebliches Interesse am Erhalt des Auftrags, wofür es wiederum notwendig sei, zur Legung eines Angebotes zugelassen zu werden. Durch die angefochtene Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht, bei Vorliegen der erforderlichen Befugnis, der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit, der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit zur Legung eines Angebotes zugelassen zu werden, sowie in ihrem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt. Da die Entscheidung der Nicht-Zulassung der Antragstellerin am 14.2.2008 bekannt gegeben worden sei und es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle, sei der gegenständliche Antrag gemäß Paragraph 321, Abs1 Ziffer 7, BVergG rechtzeitig. Die Pauschalgebühr sei jedoch aufgrund des Unterschwellenwertes des gegenständlichen Loses lediglich in der Höhe von Euro 2500.- zu entrichten. Durch die Nichtzulassung drohe der Antragstellerin ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Die Antragstellerin sei ein auf die Durchführung von Rohrsanierungen spezialisiertes Unternehmen und in diesem Bereich europaweit tätig. Aufgrund der vorhandenen großen Erfahrung und der ebenfalls vorhandenen Geräte sei die Antragstellerin ohne Weiteres in der Lage, beim gegenständlichen Vergabeverfahren ein kostengünstiges Angebot zu legen, sodass sie für den Auftragserhalt in Frage kommen würde. Bei einem geschätzten Auftragswert des gegenständlichen Loses von rund Euro 3,2 Mio. netto sei selbst bei einem kalkulierten Gewinnaufschlag von 10% der Erhalt des Auftrages durchaus realistisch. Durch die Nichtzulassung zur Legung eines Angebotes drohe daher der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe von rund Euro 300.000,00. Dazu komme, dass nach den Ausschreibungsunterlagen ein weiterer, inhaltlich weitgehend gleichgerichteter Auftrag zur Vergabe gelangen soll und durch die Nichtzulassung der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren die Teilnahme im zu erwartenden zweiten Vergabeverfahren erschwert werde. Im Hinblick auf den zu erzielenden Gewinn und den zweiten zur Vergabe gelangenden Auftrag habe die Antragstellerin daher ein erhebliches Interesse am Erhalt des Auftrags, wofür es wiederum notwendig sei, zur Legung eines Angebotes zugelassen zu werden. Durch die angefochtene Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht, bei Vorliegen der erforderlichen Befugnis, der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit, der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie der technischen Leistungsfähigkeit zur Legung eines Angebotes zugelassen zu werden, sowie in ihrem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 6.3.2008 (OZ 5) die Originalunterlagen vor und nahm zum Antragsvorbringen insoweit Stellung, als er ausführte, dass es sich bei gegenständlichem Vergabeverfahren, wie in den Teilnahmeunterlagen Punkt 1 "Leistungsgegenstand" festgelegt, um einen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich ausgeschriebenen Bauauftrag, CPV-Code 45247000, Zusatz Y037, handle, der in Hinblick auf den geschätzten Auftragswert für das gesamte Bauvorhaben von insgesamt Euro 3.187.434,-- (ohne USt) mit Bekanntmachung vom 20.12.2007 österreichweit in der Online-Ausgabe der Wiener Zeitung sowie in der Baudatenbank ausgeschrieben worden sei. Eine Aufteilung in Lose sei nicht vorgesehen, die Auswertung der

Teilnahmeunterlagen sei abgeschlossen und die beteiligten sieben Unternehmen und somit auch die Antragstellerin mit Schreiben vom 14.2.2008 über das Ergebnis dieser Auswertung informiert worden. Da es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handle, sei der gegenständliche Nachprüfungsantrag gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG jedoch verfristet, da dieser binnen der normierten 7-tätigen Frist einzubringen gewesen wäre. Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 6.3.2008 (OZ 5) die Originalunterlagen vor und nahm zum Antragsvorbringen insoweit Stellung, als er ausführte, dass es sich bei gegenständlichem Vergabeverfahren, wie in den Teilnahmeunterlagen Punkt 1 "Leistungsgegenstand" festgelegt, um einen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich ausgeschriebenen Bauauftrag, CPV-Code 45247000, Zusatz Y037, handle, der in Hinblick auf den geschätzten Auftragswert für das gesamte Bauvorhaben von insgesamt Euro 3.187.434,-- (ohne USt) mit Bekanntmachung vom 20.12.2007 österreichweit in der Online-Ausgabe der Wiener Zeitung sowie in der Baudatenbank ausgeschrieben worden sei. Eine Aufteilung in Lose sei nicht vorgesehen, die Auswertung der Teilnahmeunterlagen sei abgeschlossen und die beteiligten sieben Unternehmen und somit auch die Antragstellerin mit Schreiben vom 14.2.2008 über das Ergebnis dieser Auswertung informiert worden. Da es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handle, sei der gegenständliche Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG jedoch verfristet, da dieser binnen der normierten 7-tätigen Frist einzubringen gewesen wäre.

Mit ergänzendem Schriftsatz vom 12.3.2008 (OZ 8) führte der Auftraggeber aus, dass der Abwasserverband Piestingtal eine Körperschaft öffentlichen Rechts im Sinne des § 87 WRG und damit gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG eine Körperschaft öffentlichen Rechts sei. Bei der ausgeschriebenen Leistung handle es sich um keine Leistung des Sektorenbereichs iSd 3. Teils des BVergG 2006. Der Auftraggeber führe als Abwasserverband keine Tätigkeiten aus, die unter § 168 Abs 1 BVergG fallen, insbesondere keine Tätigkeiten in Verbindung mit der Bereitstellung und dem Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser. Das gegenständliche Vergabeverfahren betreffend die Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen, sei nicht unter Tätigkeiten iS des 3. Teils des BVergG zu subsumieren. Es handle sich beim PAV somit um einen Auftraggeber im klassischen Bereich. Mit ergänzendem Schriftsatz vom 12.3.2008 (OZ 8) führte der Auftraggeber aus, dass der Abwasserverband Piestingtal eine Körperschaft öffentlichen Rechts im Sinne des Paragraph 87, WRG und damit gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG eine Körperschaft öffentlichen Rechts sei. Bei der ausgeschriebenen Leistung handle es sich um keine Leistung des Sektorenbereichs iSd 3. Teils des BVergG 2006. Der Auftraggeber führe als Abwasserverband keine Tätigkeiten aus, die unter Paragraph 168, Absatz eins, BVergG fallen, insbesondere keine Tätigkeiten in Verbindung mit der Bereitstellung und dem Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser. Das gegenständliche Vergabeverfahren betreffend die Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen, sei nicht unter Tätigkeiten iS des 3. Teils des BVergG zu subsumieren. Es handle sich beim PAV somit um einen Auftraggeber im klassischen Bereich.

Ausgeschrieben sei ein Bauauftrag im Sinn des § 4 BVergG. Diesbezüglich sehe § 12 Abs 1 Z 3 BVergG vor, dass Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen erst dann im Oberschwellenbereich liegen, wenn der geschätzte Auftragswert mindestens EUR 5.278.000 (Stand 2007) betrage. In der Beschreibung des Leistungsgegenstandes unter Punkt 1. der Teilnahmeunterlagen werde das geschätzte Gesamtauftragsvolumen für die Sanierung mit ca. EUR 3,2.- Mio beziffert und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle. Die Behauptung der Antragstellerin, der Betrag von EUR 3,2.-Mio.- umfasse lediglich ein Los und nicht das gesamte Auftragsvolumen, sei unrichtig und könne weder den Teilnahmeunterlagen noch den Eintragungen in der Bekanntmachung des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Wiener Zeitung ("Lieferungsanzeiger") entnommen werden. Es liege daher die Vermutung nahe, dass der Vorwand - es handle sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich - lediglich deshalb von der Antragstellerin erhoben worden sei, um von der tatsächlichen Verspätung der Einbringung des Nachprüfungsantrags abzulenken. Dies zeige auch die Berechnung der Pauschalgebühr, bei der die Antragstellerin wiederum von einem Verfahren im Unterschwellenbereich ausgehe. Ausgeschrieben sei ein Bauauftrag im Sinn des Paragraph 4, BVergG. Diesbezüglich sehe Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG vor, dass Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen erst dann im Oberschwellenbereich liegen, wenn der geschätzte Auftragswert mindestens EUR 5.278.000 (Stand 2007) betrage. In der Beschreibung des Leistungsgegenstandes unter Punkt 1. der Teilnahmeunterlagen werde das geschätzte Gesamtauftragsvolumen für die Sanierung mit ca. EUR 3,2.- Mio beziffert und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle. Die

Behauptung der Antragstellerin, der Betrag von EUR 3,2.-Mio.- umfasse lediglich ein Los und nicht das gesamte Auftragsvolumen, sei unrichtig und könne weder den Teilnahmeunterlagen noch den Eintragungen in der Bekanntmachung des Amtlichen Lieferungsanzeigers zur Wiener Zeitung ("Lieferungsanzeiger") entnommen werden. Es liege daher die Vermutung nahe, dass der Vorwand - es handle sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich - lediglich deshalb von der Antragstellerin erhoben worden sei, um von der tatsächlichen Verspätung der Einbringung des Nachprüfungsantrags abzulenken. Dies zeige auch die Berechnung der Pauschalgebühr, bei der die Antragstellerin wiederum von einem Verfahren im Unterschwellenbereich ausgehe.

Auch aus den online Formularen, die auf der Website lieferanzeiger.at bzw. auftrag.at den Bewerbern zur Verfügung gestellt worden seien, sei eindeutig ersichtlich, dass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handle. In der Auftragsbeschreibung sei immer von Gesamtwert oder Gesamtkosten des Projekts und niemals von den Kosten einzelner Lose die Rede. Die Aufgliederung in vier Baulose beziehe sich - wie auch in der Beschreibung des Leistungsgegenstands unter Pkt. 1 der Teilnahmeunterlagen angeführt - auf die beiden Ausschreibungen. Mit dem Begriff der Ausschreibung werde eindeutig klar gestellt, dass es sich dabei um die zweite Stufe (Angebotsverfahren) handle und erst nach Qualifikation in der ersten Stufe die Bewerber "zur Angebotsabgabe bei den Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren aufgefordert" würden.

Unrichtig sei auch die Behauptung der Antragstellerin, dass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle, weil die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG in den online Formularen angehakt worden sei. Diese Eingabe sei aufgrund der Vorgabe in der Eingabemaske auf der Website des Lieferungsanzeigers erfolgt, welche trotz Eingabe eines Verfahrens im Unterschwellenbereich nur die Wahl zwischen der Richtlinie 2004/18/EG oder der Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG offen lasse. Da es der ausschreibenden Stelle bekannt gewesen sei, dass es sich nicht um eine Sektorentätigkeit handle, habe diese irrtümlich auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG geschlossen, was jedoch bedeute, dass damit der Oberschwellenbereich festgelegt werden soll. Vielmehr werde der Unterschwellenbereich ausdrücklich bei der Angabe des Verfahrenstyps und der Projektbeschreibung im Lieferungsanzeiger sowie in den Teilnahmeunterlagen angegeben. Ferner werde in der Verfahrensübersicht explizit auf § 103 BVergG und eine Mindestanzahl von fünf Bewerbern verwiesen, wodurch ebenfalls das Vorliegen eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bestätigt werde. Unrichtig sei auch die Behauptung der Antragstellerin, dass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle, weil die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG in den online Formularen angehakt worden sei. Diese Eingabe sei aufgrund der Vorgabe in der Eingabemaske auf der Website des Lieferungsanzeigers erfolgt, welche trotz Eingabe eines Verfahrens im Unterschwellenbereich nur die Wahl zwischen der Richtlinie 2004/18/EG oder der Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG offen lasse. Da es der ausschreibenden Stelle bekannt gewesen sei, dass es sich nicht um eine Sektorentätigkeit handle, habe diese irrtümlich auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/18/EG geschlossen, was jedoch bedeute, dass damit der Oberschwellenbereich festgelegt werden soll. Vielmehr werde der Unterschwellenbereich ausdrücklich bei der Angabe des Verfahrenstyps und der Projektbeschreibung im Lieferungsanzeiger sowie in den Teilnahmeunterlagen angegeben. Ferner werde in der Verfahrensübersicht explizit auf Paragraph 103, BVergG und eine Mindestanzahl von fünf Bewerbern verwiesen, wodurch ebenfalls das Vorliegen eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bestätigt werde.

Die Behauptungen der Antragstellerin, die Art des Vergabeverfahrens sei nicht eindeutig ersichtlich, sei daher unrichtig. Die Antragstellerin stütze sich dabei auf die Bekanntmachung des Verfahrens im Lieferanzeiger, welche als Überschrift mit "Wettbewerbsbekanntmachung" bezeichnet sei. Dabei handle es sich jedoch um eine Standardbezeichnung im Formular des Lieferanzeigers, welche nicht von der ausschreibenden Stelle gewählt worden sei. Die Antragstellerin hätte erkennen müssen, dass sich die Bezeichnungen im Formular stets auf "Wettbewerb/Projekte" und daher keine Rückschlüsse auf einen wettbewerblichen Dialog oder ein anderes Wettbewerbsverfahren zulassen würden. Hinzu komme, dass für die Durchführung eines Wettbewerbs gemäß § 155 BVergG spezielle Voraussetzungen gefordert seien, die nicht in den Teilnahmeunterlagen zu finden seien. Deshalb sei auch aus dem Inhalt der Unterlagen keine Absicht der ausschreibenden Stelle hinsichtlich der Durchführung eines Wettbewerbs erkennbar. Im übrigen seien die Teilnahmeunterlagen keiner Änderung mehr zugänglich da die diesbezügliche Frist für die Nachprüfung der Teilnahmeunterlagen bereits abgelaufen sei. Die Behauptungen der Antragstellerin, die Art des Vergabeverfahrens sei nicht eindeutig ersichtlich, sei daher unrichtig. Die Antragstellerin stütze sich dabei auf die Bekanntmachung des Verfahrens im Lieferanzeiger, welche als Überschrift mit

"Wettbewerbsbekanntmachung" bezeichnet sei. Dabei handle es sich jedoch um eine Standardbezeichnung im Formular des Lieferanzeigers, welche nicht von der ausschreibenden Stelle gewählt worden sei. Die Antragstellerin hätte erkennen müssen, dass sich die Bezeichnungen im Formular stets auf "Wettbewerb/Projekte" und daher keine Rückschlüsse auf einen wettbewerblichen Dialog oder ein anderes Wettbewerbsverfahren zulassen würden. Hinzu komme, dass für die Durchführung eines Wettbewerbs gemäß Paragraph 155, BVergG spezielle Voraussetzungen gefordert seien, die nicht in den Teilnahmeunterlagen zu finden seien. Deshalb sei auch aus dem Inhalt der Unterlagen keine Absicht der ausschreibenden Stelle hinsichtlich der Durchführung eines Wettbewerbs erkennbar. Im übrigen seien die Teilnahmeunterlagen keiner Änderung mehr zugänglich da die diesbezügliche Frist für die Nachprüfung der Teilnahmeunterlagen bereits abgelaufen sei.

Aus der Gesamtheit der Unterlagen, in denen mehrfach als Art des Vergabeverfahrens das "nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich" explizit angeführt worden sei, der bekannt gegebenen Gesamtkosten des Projekts in Höhe von EUR 3,2 Mio und der lediglich österreichweiten Veröffentlichung habe selbst bei irrtümlicher Bezugnahme auf die Richtlinie 2004/18/EG den Bewerbern eindeutig erkennbar sein müssen, dass es sich nicht um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handeln könne. Folglich sei der Nachprüfungsantrag aufgrund Fristablaufs bereits präkludiert und schon aus diesem Grund zurückzuweisen.

Zum Nachweis der Qualifikation der Antragstellerin sei auszuführen, dass ein zweistufiges Verfahren die Möglichkeit einräume, vorab die Eignungskriterien der Bewerber zu überprüfen. Dadurch werde der Kreis der Bewerber, die zur Angebotsabgabe eingeladen werden sollen auf jene beschränkt, die gemäß § 103 Abs 4 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig im Sinn der §§ 68 bis 78 einzustufen seien. Die erste Stufe des Verfahrens sei darauf gerichtet, die Qualität der Bewerber in bezug auf deren Qualifikation und Erfahrung hin zu prüfen. Dies spiegle sich auch in den fair ausgestalteten und klar definierten objektivierbaren Kriterien in den Teilnahmeunterlagen wider, die keinen Raum für subjektive Interpretationen hinsichtlich des Vorliegens oder nicht Vorliegens der Qualifikation bieten. Unrichtig sei daher die Ansicht der Antragstellerin, dass die Eignungskriterien erst bei Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzuliegen haben. Dies würde gerade dem Sinn der ersten Stufe des Verfahrens, welches auf die Beurteilung der Qualifikation der Bewerber gerichtet sei, widersprechen. Denn ohne entsprechende Informationen und Nachweise zu den geforderten Qualifikationen sei es für die ausschreibende Stelle unmöglich, eine Vorauswahl treffen zu können. Zum Nachweis der Qualifikation der Antragstellerin sei auszuführen, dass ein zweistufiges Verfahren die Möglichkeit einräume, vorab die Eignungskriterien der Bewerber zu überprüfen. Dadurch werde der Kreis der Bewerber, die zur Angebotsabgabe eingeladen werden sollen auf jene beschränkt, die gemäß Paragraph 103, Absatz 4, als befugt, leistungsfähig und zuverlässig im Sinn der Paragraphen 68 bis 78 einzustufen seien. Die erste Stufe des Verfahrens sei darauf gerichtet, die Qualität der Bewerber in bezug auf deren Qualifikation und Erfahrung hin zu prüfen. Dies spiegle sich auch in den fair ausgestalteten und klar definierten objektivierbaren Kriterien in den Teilnahmeunterlagen wider, die keinen Raum für subjektive Interpretationen hinsichtlich des Vorliegens oder nicht Vorliegens der Qualifikation bieten. Unrichtig sei daher die Ansicht der Antragstellerin, dass die Eignungskriterien erst bei Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzuliegen haben. Dies würde gerade dem Sinn der ersten Stufe des Verfahrens, welches auf die Beurteilung der Qualifikation der Bewerber gerichtet sei, widersprechen. Denn ohne entsprechende Informationen und Nachweise zu den geforderten Qualifikationen sei es für die ausschreibende Stelle unmöglich, eine Vorauswahl treffen zu können.

Auch in den Teilnahmeunterlagen werde mehrfach und unmissverständlich auf den Zeitpunkt für die Erbringung der Nachweise hingewiesen, zB auf Seite drei und vier der Teilnahmeunterlagen: "Die Fachfirmen, die ihre Qualifikation über den Teilnahmewettbewerb nachweisen konnten, werden in der Folge zur Angebotsabgabe bei den Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren aufgefordert." Und weiter: "Die vollständig ausgefüllten Teilnahmeunterlagen sowie alle geforderten Unterlagen und Nachweise sind bis zum 17.01.2008 an die nachfolgende Adresse zu senden....: "

Im Gegensatz zu den Behauptungen im Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin die wesentlichen Voraussetzungen für die Beurteilung der Qualifikation des Unternehmens gerade nicht erfüllt. Viel mehr fehle der Großteil jener Angaben, die den Kern der Ausschreibung betreffen und Aufschluss über die technische Leistungsfähigkeit des Unternehmens in bezug auf die Sanierung mittels Schlauchliningverfahrens geben sollten. Hinzu komme, dass Angaben gemacht worden seien, die eindeutig gegen das Vorliegen der geforderten Qualifikation und somit mangels Eignung des Antragstellers gegen die Zulassung zum Angebotsverfahren sprechen:

Betreffend die geforderten "Eiprofile bei drückenden Grundwasser" seien in den Teilnahmeunterlagen unter Punkt 3.1.5 Referenzen über zwei Kanalsanierungsprojekte betreffend den Einbau von Schlauchlinern in Eiprofilen, mit Querschnitten größer als 700/1050, verlangt. Alle von der Antragstellerin beigelegten Referenzen würden jedoch eine Dimensionierung bis maximal 700/1050 nachweisen und daher gerade nicht den geforderten Referenzen entsprechen. Das Arbeiten mit Eiprofilen bei drückendem Grundwasser in der in den Teilnahmeunterlagen verlangten Dimensionierung stelle aufgrund des hohen erforderlichen Druckes eine besondere Schwierigkeit im Rahmen der Sanierung dar. Aus diesem Grund sei von den Bewerbern nachzuweisen, dass sie sowohl in der Lage seien, den hohen geforderten Druck aufbauen zu können und zudem Erfahrung in der Durchführung von Sanierungen unter diesen speziellen Bedingungen zu haben. Da die Antragstellerin lediglich Referenzen über Projekte vorgelegt habe, die die Verwendung von Eiprofilen mit geringerer als der geforderten Dimensionierung und unter Anwendung des Verfahrens "Prozess PHÖNIX (r)" vorsehe und bei der Frage der anzuwendenden Methode für den gegenständlichen Auftrag das Verfahren "c.tee S Schlauchliner" angegeben worden sei, ohne jedoch die hierfür entsprechende Referenzen vorzulegen, habe die Antragstellerin nicht die geforderte Voraussetzung für den Einbau in Haltungen mit Nennweiten größer 700/1050 für das Schlauchliningverfahren und sei daher bereits aus diesem Grund für die zweite Stufe nicht zuzulassen.

Zur fehlenden "DIBt-Zulassung" sei auszuführen, dass Grundlage für eine Sanierung mittels Schlauchliningverfahren das Vorliegen der entsprechenden Qualifikation des Unternehmens sei, welche mittels einer Zertifizierung in Form der DIBt-Zulassung erfolge. Diese Voraussetzung müsse das Unternehmen spätestens mit Ablauf der Frist für die Abgabe der Teilnahmeunterlagen erfüllt haben. Mangels einer solchen Befugnis fehle es der Antragstellerin an einer der wesentlichsten Voraussetzungen, nämlich der Befugnis, die Sanierung in der im Rahmen der Ausschreibung geforderten Form durchzuführen. Sohin wäre auch die Einräumung einer Nachfrist für das Erlangen einer DIBt-Zulassung aufgrund des damit verbundenen Wettbewerbsvorteils der Antragstellerin gegenüber den anderen Bewerbern - die das Vorliegen der Zulassung fristgerecht nachgewiesen haben - unzulässig. Aufgrund der Unbehebbarkeit dieses Mangels sei die Antragstellerin für die zweite Verfahrensstufe nicht zuzulassen. Zusätzlich seien die Angaben der Bewerberin in den Teilnahmeunterlagen sehr ähnlich mit dem Verfahren "Prozess PHÖNIX 0", welches standardmäßig von der Antragstellerin eingesetzt werde. Die damit verbundene DIBt-Zulassung sei aber für die Sanierung von Abwasserkanälen mit einer Nennweite von > DN 1000 nicht geeignet. Betreffend die Angabe des "A1-Wertes" sei auszuführen, dass die Antragstellerin diesbezüglich auf die DIN EN 761 verweise. In der DIN EN 761 "Rohre aus glasfaserverstärkten duroplastischen Kunststoffen (GFK) - Bestimmung des Kriechfaktors im trockenen Zustand" (August 1994) werde die Thematik der Abminderung von Materialkennwerten für Schlauchliner (Nadelfilz mit Epoxidharz getränkt) aber nicht behandelt. Dieser Verweis sei technisch nicht korrekt und könne somit nicht gewertet werden. Der A1-Wert diene als maßgeblicher Umrechnungsfaktor von Kurzzeit- und Langzeit-Materialkennwerten. Für die statische Dimensionierung von Schlauchlinerwandstärken stelle dieser Faktor eine zentrale Schlüsselgröße dar. Die Dimensionierung erfolge auf der Grundlage der Langzeitwerte, während bei allen Materialuntersuchungen (Erst- und Eignungsprüfung als auch Baustellenbeprobungen) die Kurzzeitwerte ermittelt würden. Der A1-Wert besitze somit eine kalkulationsrelevante Bedeutung, da eine Änderung dieses Wertes direkten Einfluss auf die einzubauende Schlauchlinerwandstärke besitze und demnach Leistungspositionen anders kalkuliert werden müssen. Eine Nachfrage zu dem fehlerhaften Verweis auf die DIN EN 761 sei aus Gründen der Wettbewerbsverzerrung nicht zulässig gewesen. Da es sich ferner bei dem Verfahren "c.tee S Schlauchliner" um ein in der Fachwelt unbekanntes Verfahren handle, seien die Materialkennwerte ohne die Ergebnisse der Erst- und Eignungsprüfung bzw. DIBt-Zulassung nicht einzuschätzen. Eine Nachfrage beim Bieter vor allem im Hinblick auf die kalkulationsrelevanten Materialkennwerte sei jedoch ebenfalls aufgrund der möglichen Wettbewerbsverzerrung nicht zulässig und stelle daher einen unbehebbarsten Mangel dar.

Abgesehen vom Fehlen der erforderlichen Qualifikationen, wonach schon aus diesem Grund die Nicht-Zulassung zum Angebotsverfahren festzustellen sei, sei die Möglichkeit einer Nachfrist für die Erbringung der fehlenden Informationen und Nachweise auch aufgrund des Gesamtausmaßes aller fehlenden Informationen ausgeschieden. Der Auswertung durch die ausschreibende Stelle sei entnehmbar, dass sämtliche Informationen und Nachweise zum Schlauchliningverfahren von der Antragstellerin nicht erbracht worden seien. So sei von der Antragstellerin im Abschnitt 3.2.2 lediglich auf den Abschnitt 3.2.1 verwiesen worden. Es seien keine Eintragungen vorgenommen worden. In den Teilnahmeunterlagen sei explizit im Kapitel 3 ausgeführt: "Verweise auf an anderer Stelle beigelegte Unterlagen bzw. auf an anderer Stelle getätigte Eintragungen können nicht gewertet werden und gelten als

unvollständiger Teilnahmeantrag". Ebenso wenig sei die nachträgliche Abfrage fehlender Eintragungen zu kalkulationsrelevanten Angaben (z.B. Schlauchliningverfahren, Materialkennwerte) durch den Bewerber zulässig. Eine Nachfristsetzung sei daher in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin einer Neueinbringung sämtlicher Informationen und Nachweise zu diesem Themenbereich gleichzusetzen. Dies würde zu einem ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil der Antragstellerin gegenüber den übrigen Bewerbern führen. Die Nicht-Zulassung der Antragstellerin zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens sei daher zu Recht erfolgt.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 17.3.2008 (OZ 17) und gab an, dass der Auftraggeber möglicherweise eine Vergabe in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung beabsichtigt habe, dies sich aber aus den von der ausschreibenden Stelle erarbeiteten Unterlagen nicht wirklich ergebe. So sei in den Ausschreibungsunterlagen etwa folgende Bestimmung enthalten: "Die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen, mittels Schlauchliningverfahren ist hiebei in vier Baulose aufgegliedert, welche über zwei Ausschreibungen in nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs können sich Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben. Ziel dieses Teilnahmewettbewerbs ist es, gem § 103 BVergG 2006 fünf geeignete qualifizierte Fachfirmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen- und kanälen mittels Schlauchliningverfahrens auszuwählen. Die Fachfirmen, die ihre Qualifikation über den Teilnahmewettbewerb nachweisen konnten, werden in der Folge zur Angebotsabgabe bei den Ausschreibungen in nicht offenen Verfahren aufgefordert. Durch die erfolgreiche Qualifikation im Zuge des Teilnahmewettbewerbs erwachsen für die Bieter keine Ansprüche auf die tatsächliche Durchführung von Sanierungsleistungen bei den Ausschreibungen in nicht offenen Verfahren." Weiters finde sich auf Seite 5 folgende Bestimmung: "Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 17.3.2008 (OZ 17) und gab an, dass der Auftraggeber möglicherweise eine Vergabe in einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung beabsichtigt habe, dies sich aber aus den von der ausschreibenden Stelle erarbeiteten Unterlagen nicht wirklich ergebe. So sei in den Ausschreibungsunterlagen etwa folgende Bestimmung enthalten: "Die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen, mittels Schlauchliningverfahren ist hiebei in vier Baulose aufgegliedert, welche über zwei Ausschreibungen in nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs können sich Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben. Ziel dieses Teilnahmewettbewerbs ist es, gem Paragraph 103, BVergG 2006 fünf geeignete qualifizierte Fachfirmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen- und kanälen mittels Schlauchliningverfahrens auszuwählen. Die Fachfirmen, die ihre Qualifikation über den Teilnahmewettbewerb nachweisen konnten, werden in der Folge zur Angebotsabgabe bei den Ausschreibungen in nicht offenen Verfahren aufgefordert. Durch die erfolgreiche Qualifikation im Zuge des Teilnahmewettbewerbs erwachsen für die Bieter keine Ansprüche auf die tatsächliche Durchführung von Sanierungsleistungen bei den Ausschreibungen in nicht offenen Verfahren." Weiters finde sich auf Seite 5 folgende Bestimmung: "

Mit der Abgabe des Teilnahmeantrags ist das verbindliche Einverständnis des Bieters mit den gegenständlichen Bestimmungen verbunden, ebenso die Erklärung, dass er bereit ist, für den gesamten Ausführungszeitraum Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchlining in allen Baulosen zu erbringen." Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung werde daher zunächst ein "Teilnahmewettbewerb" durchgeführt und daran anschließend die Unternehmen, die im Rahmen dieses "Teilnahmewettbewerbs" ihre Qualifikation nachweisen konnten, zur Angebotsabgabe in den anschließenden zwei nicht offenen Verfahren für insgesamt vier Baulose aufgefordert. Zudem sei im Zuge der zwischen der Antragstellerin und der vergebenden Stelle nach Kenntnis der Ausschreibungsentscheidung geführten Korrespondenz der Antragstellerin von der ausschreibenden Stelle am 19.2.2008 ein Email übermittelt worden, in welchem die relevanten Paragraphen, § 68 und § 69, aus dem Bundesvergabegesetz enthalten gewesen seien. In diesem E-mail sei unter anderem die Bestimmung des § 69 BVergG wörtlich wiedergegeben, wobei die Ziffer 4 dieser Bestimmung "beim offenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Vorlage der Wettbewerbsarbeiten" durch Fettdruck herausgehoben worden sei. Diese von der vergebenden Stelle ausgearbeitete Form der Auftragsvergabe sei unter keine der im BVergG geregelten Vergabearten subsumierbar, wobei die Ausschreibungsunterlagen zahlreiche Bestimmungen aufweisen würden, die gesetzwidrig bzw. falsch seien. So sei der in den Unterlagen enthaltene Hinweis, der UVS Niederösterreich sei zuständige Nachprüfungsbehörde, unzutreffend, und dies auch vom Auftraggeber eingeräumt werde. Durch diese unrichtige Angabe werde ein Bieter zwangsläufig in eine Fristversäumnis gedrängt, zumal § 332 Abs 3 BVergG im Hinblick auf das im niederösterreichischen Vergabenachprüfungsgesetz zwingend vorgesehene Schlichtungsverfahren den Bieter vor einer Fristversäumnis nicht retten könne. Mit der Abgabe des

Teilnahmeantrags ist das verbindliche Einverständnis des Bieters mit den gegenständlichen Bestimmungen verbunden, ebenso die Erklärung, dass er bereit ist, für den gesamten Ausführungszeitraum Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchlining in allen Baulosen zu erbringen." Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung werde daher zunächst ein "Teilnahmewettbewerb" durchgeführt und daran anschließend die Unternehmen, die im Rahmen dieses "Teilnahmewettbewerbs" ihre Qualifikation nachweisen konnten, zur Angebotsabgabe in den anschließenden zwei nicht offenen Verfahren für insgesamt vier Baulose aufgefördert. Zudem sei im Zuge der zwischen der Antragstellerin und der vergebenden Stelle nach Kenntnis der Ausschreibungsentscheidung geführten Korrespondenz der Antragstellerin von der ausschreibenden Stelle am 19.2.2008 ein Email übermittelt worden, in welchem die relevanten Paragraphen, Paragraph 68 und Paragraph 69,, aus dem Bundesvergabegesetz enthalten gewesen seien. In diesem Email sei unter anderem die Bestimmung des Paragraph 69, BVergG wörtlich wiedergegeben, wobei die Ziffer 4 dieser Bestimmung "beim offenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Vorlage der Wettbewerbsarbeiten" durch Fettdruck herausgehoben worden sei. Diese von der vergebenden Stelle ausgearbeitete Form der Auftragsvergabe sei unter keine der im BVergG geregelten Vergabearten subsumierbar, wobei die Ausschreibungsunterlagen zahlreiche Bestimmungen aufweisen würden, die gesetzwidrig bzw. falsch seien. So sei der in den Unterlagen enthaltene Hinweis, der UVS Niederösterreich sei zuständige Nachprüfungsbehörde, unzutreffend, und dies auch vom Auftraggeber eingeräumt werde. Durch diese unrichtige Angabe werde ein Bieter zwangsläufig in eine Fristversäumnis gedrängt, zumal Paragraph 332, Absatz 3, BVergG im Hinblick auf das im niederösterreichischen Vergabenachprüfungsgesetz zwingend vorgesehene Schlichtungsverfahren den Bieter vor einer Fristversäumnis nicht retten könne.

Zum Schwellenwert werde ausgeführt, dass die Antragstellerin bei der Berechnung der Pauschalgebühr nicht von einem Verfahren im Unterschwellenbereich ausgegangen sei, vielmehr werde im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung sowie der Ausschreibungsunterlagen davon ausgegangen, dass eine Unterteilung in Lose erfolgt sei, wobei der Gesamtauftragswert aller Lose den Schwellenwert übersteige, während der Auftragswert des gegenständlichen Loses den Schwellenwert nicht erreiche. Aus den Unterlagen ergebe sich dabei nur, dass das von der gegenständlichen Ausschreibung betroffene Los im Unterschwellenbereich gelegen sei, nicht jedoch, wie hoch der Gesamtwert aller zum Bauvorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Verlängerungsmöglichkeiten und Optionen tatsächlich sei. Zudem habe der zuständige Bearbeiter der vergebenden Stelle, Herr DI C*** im Zuge eines Telefonates dem Prokuristen der Antragstellerin, Herrn Ing. D*** gegenüber mehrfach erwähnt, dass es der Antragstellerin frei stehe, binnen 14 Tagen die Entscheidung beim UVS Niederösterreich anzufechten. Da auch nach dem niederösterreichischen Vergabenachprüfungsgesetz die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich nur 7 Tage betrage, ergebe sich auch aus der von Herrn DI C*** mündlich erteilten Rechtsbelehrung, dass er von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich ausgehe. Unzutreffend sei, dass die Eingabemaske bei den Formularen nur die Wahl zwischen der Richtlinie 2004/18/EG oder der Richtlinie 2004/17/EG offen lasse, da es dem Auftraggeber freistehe, keines der beiden Kästchen anzukreuzen. Daher liege ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Die Behauptung der fehlenden Nachweise zur Qualifikation der Antragstellerin werde bestritten und ausgeführt, auf Seite 4 der Ausschreibungsunterlagen sei klargestellt, dass unvollständige, unklare und/oder fehlerhafte Unterlagen vom Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen würden, wenn diese einen unbehebbarer Mangel darstellen oder gemäß § 69 BVergG nicht bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen würden. Auch auf Seite 6 der Ausschreibung, erster Absatz des Punktes 3.1, werde festgehalten, dass die Eignungskriterien bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzuliegen haben. Aus welchem Grund die geforderten Unterlagen bereits früher vorliegen müssen, sei nicht erkennbar. Zur Qualifikation der Antragstellerin sei festzuhalten, dass diese seit Jahren in ganz Europa grabungslose Sanierungen von Kanälen durchführe und auf diese Arbeiten spezialisiert sei. Zum Schwellenwert werde ausgeführt, dass die Antragstellerin bei der Berechnung der Pauschalgebühr nicht von einem Verfahren im Unterschwellenbereich ausgegangen sei, vielmehr werde im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung sowie der Ausschreibungsunterlagen davon ausgegangen, dass eine Unterteilung in Lose erfolgt sei, wobei der Gesamtauftragswert aller Lose den Schwellenwert übersteige, während der Auftragswert des gegenständlichen Loses den Schwellenwert nicht erreiche. Aus den Unterlagen ergebe sich dabei nur, dass das von der gegenständlichen Ausschreibung betroffene Los im Unterschwellenbereich gelegen sei, nicht jedoch, wie hoch der Gesamtwert aller zum Bauvorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Verlängerungsmöglichkeiten und Optionen tatsächlich sei. Zudem habe der zuständige Bearbeiter der vergebenden Stelle, Herr DI C*** im Zuge eines Telefonates dem Prokuristen der Antragstellerin, Herrn Ing. D*** gegenüber mehrfach erwähnt, dass es der Antragstellerin frei stehe,

binnen 14 Tagen die Entscheidung beim UVS Niederösterreich anzufechten. Da auch nach dem niederösterreichischen Vergabenaachprüfungsgesetz die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich nur 7 Tage betrage, ergebe sich auch aus der von Herrn DI C*** mündlich erteilten Rechtsbelehrung, dass er von einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich ausgehe. Unzutreffend sei, dass die Eingabemaske bei den Formularen nur die Wahl zwischen der Richtlinie 2004/18/EG oder der Richtlinie 2004/17/EG offen lasse, da es dem Auftraggeber freistehe, keines der beiden Kästchen anzukreuzen. Daher liege ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor. Die Behauptung der fehlenden Nachweise zur Qualifikation der Antragstellerin werde bestritten und ausgeführt, auf Seite 4 der Ausschreibungsunterlagen sei klargestellt, dass unvollständige, unklare und/oder fehlerhafte Unterlagen vom Teilnahmewettbewerb ausgeschlossen würden, wenn diese einen unbehebaren Mangel darstellen oder gemäß Paragraph 69, BVergG nicht bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen würden. Auch auf Seite 6 der Ausschreibung, erster Absatz des Punktes 3.1, werde festgehalten, dass die Eignungskriterien bis zur Aufforderung zur Angebotsabgabe vorzuliegen haben. Aus welchem Grund die geforderten Unterlagen bereits früher vorliegen müssen, sei nicht erkennbar. Zur Qualifikation der Antragstellerin sei festzuhalten, dass diese seit Jahren in ganz Europa grabungslose Sanierungen von Kanälen durchführe und auf diese Arbeiten spezialisiert sei.

Betreffend die "Eiprofile" habe die Antragstellerin entsprechende Projekte durchgeführt, die Nachweise seien jedoch noch nicht vorgelegt worden. Dies rechtfertige aber nicht die Entscheidung des Auftraggebers, die Antragstellerin nicht zur Angebotsabgabe zuzulassen.

Betreffend die DIBt-Zulassung werde ausgeführt, es treffe es nicht zu, dass "die entsprechende Qualifikation des Unternehmens mittels einer DIBt-Zulassung erfolge. Diese Zulassung stelle lediglich eine Materialprüfung inkl. der Prüfung von Qualitätssicherungsmaßnahmen dar. Das Vorliegen einer solchen Zulassung sei auch nach der Ausschreibung keineswegs zwingend. Unter Punkt 1.1.2 der zusätzlichen Technischen Vertragsbestimmungen sei festgehalten, dass als allgemeingültiger Nachweis eine DIBt-Zulassung akzeptiert werde und bei dieser Nachweisführung ausschließlich das Deckblatt beizulegen sei. Entsprechend sei in der Ausschreibungsunterlage anzukreuzen, ob der Nachweis beiliege oder nicht. Dass eine solche deutsche Zulassung zwingend notwendig sein solle, ergebe sich aus der gesamten Ausschreibung nicht. Die Antragstellerin habe als Nachweis ihrer Eignung eine entsprechende Eignungsprüfung vorgelegt, wobei seitens des Auftraggebers nicht einmal behauptet werde, dass dieser Eignungsnachweis nicht ausreichend sei.

Zum "A1-Wert" sei auszuführen, dass unklar sei, aus welchem Grund ein kalkulationsrelevanter Wert bereits für die Frage der Qualifikation des Unternehmens maßgeblich sein könnte. Dieser Wert könne selbst nach dem Vorbringen des Auftraggebers bei der Bewertung des letztendlich zu legenden Angebots eine Rolle spielen, für die Qualifikation des Unternehmens sei der Wert absolut irrelevant. Unabhängig davon sei der Wert angegeben worden, wobei jedoch (da die Antragstellerin keine fakultative DIBt-Zulassung habe) die entsprechende Norm (DIN ISO 761) angeführt worden sei. Warum in diesem Zusammenhang eine Rückfrage bei der Antragstellerin zu einer Wettbewerbsverzerrung führen könnte, zumal es noch gar keine Angebote gebe, sei nicht erkennbar.

Zum Verweis unter Punkt 3.2.2. auf Punkt 3.2.1: in den Teilnahmeunterlagen sei festgelegt, dass dann, wenn unterschiedliche Verfahren zur Anwendung kommen, für alle Verfahren die Unterlagen beizubringen seien. Diese Bestimmung sei von der Antragstellerin dahingehend interpretiert worden, dass bei Einsatz nur eines Verfahrens die doppelte Angabe desselben Wertes sinnlos sei. Aus welchem Grund angesichts der Tatsache, dass die Antragstellerin nur ein Verfahren zur Anwendung bringe, die Kenndaten dieses Verfahrens zweimal anzuführen gewesen wären, werde nicht dargelegt. In jedem Fall sei dieser Umstand, wenn überhaupt ein Mangel, verbesserungsfähig und würde die Antragstellerin in keiner Weise bevorzugen. Die Antragstellerin halte daher ihren Antrag, die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären, vollinhaltlich aufrecht.

Mit gleichem Schriftsatz vom 17.3.2008 beantragte die Antragsteller durch ihren Rechtsvertreter die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit folgendem Wortlaut:

"II. Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand:

Hilfsweise beantragt die Antragstellerin für den Fall, dass entgegen der Angaben in der Bekanntmachung, den Ausschreibungsunterlagen und den mündlichen Mitteilungen der ausschreibenden Stelle ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegen sollte, ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, da die

Antragstellerin am allfälligen Versäumen der Nachprüfungsfrist - wenn überhaupt - nur ein geringes Verschulden trifft."

Begründend wurde ausgeführt, wenn die Antragstellerin im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung der Ausschreibungsunterlagen und aufgrund der mündlichen Mitteilungen der ausschreibenden Stelle davon ausgehe, dass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliege und aufgrund der kryptischen Ausführungen nicht erkenne, dass der Verweis auf die anzuwendende europäische Richtlinie nur einen Irrtum darstelle, so stelle dies zweifellos einen geringen Grad des Versehens dar. Da der Antragstellerin erst durch Übermittlung der Stellungnahmen der Antragsgegnerin am 12.3.2008 bekannt worden sei, dass diese entgegen der vorherigen Mitteilungen und der Erwähnung der Richtlinie in der Bekanntmachung von einer Vergabe im Unterschwellenbereich ausgehe, sei der Wiedereinsetzungsantrag daher rechtzeitig.

Gleichzeitig mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand legte die Antragstellerin den inhaltsgleichen mit Schriftsatz vom 28.2.2008 beim Bundesvergabeamt eingebrachten Nachprüfungsantrag vor.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 18.3.2008 durchgeführten mündlichen Verhandlung gab Ing. D***, Geschäftsführer der Antragstellerin, als Auskunftsperson befragt, an, die Teilnahmeunterlagen nach Erhalt zur Gänze aufmerksam gelesen und festgestellt zu haben, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um Sanierungsarbeiten der Abwasserleitungen- und kanäle handle und für diese Sanierungsarbeiten im Schlauchliningverfahren, wie in den Teilnahmeunterlagen in Punkt 1. angeführt, als Kosten für den geplanten Sanierungszeitraum April 2008 bis Juli 2010 insgesamt rund Euro 3.2 Mio netto vorgesehen seien. Nicht ersichtlich sei gewesen, ob die Sanierung 50 km oder 100 km umfasse und ob die Kostenschätzung für ein Los 100.000 Euro und für das andere 50.000 Euro betrage. Insgesamt sei jedoch klar gewesen, dass dieses Schlauchliningverfahren mit ca. 3.2 Mio. Euro insgesamt geschätzt worden sei. Über die online Plattform auftrag.at habe die Antragstellerin von der Ausschreibung erfahren und beim Auftraggeber die Teilnahmeunterlagen angefordert, die ihm auch zugesendet worden seien. Die Abfrage durch die Antragstellerin sei lediglich über auftrag.at erfolgt, wo auch angeführt sei, dass dieser Wettbewerb unter die Richtlinie 2004/18/EG falle. Auf Befragen, ob die Antragstellerin den Inhalt und die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG kenne, wurde dies verneint.

Zum Unternehmen der Antragstellerin befragt, gab Ing. D*** an, dass es sich um ein auf Rohrleitungen spezialisiertes Unternehmen handle, dieses mit 14 Tochterfirmen EU-weit und mit 180 Mitarbeitern in Österreich tätig sei und der Jahresumsatz 45 - 50 Mio. Euro betrage. Eine Beteiligung an diesbezügliche Ausschreibungen erfolge ca. 200mal pro Jahr und seien auch diesbezügliche Ausschreibungsunterlagen bekannt und geläufig. Die gegenständlichen Teilnahmeunterlagen seien im Hinblick auf das Schlauchliningverfahren aber als produktspezifisch angesehen worden. Im Gespräch mit dem firmeneigenen Techniker sei von diesem darauf hingewiesen worden, dass anstelle des vom Auftraggeber geforderten Schlauchliningverfahren mit Polyesterharzen dieses auch mit Epoxidharzen möglich sei, zumal Alternativen nicht abgelehnt worden seien. Insgesamt, so führte die Antragstellerin ergänzend aus, sei eine Ausscheidung der Antragstellerin noch in keinem Vergabeverfahren vorgekommen. Auch in gegenständlichem Verfahren erachte sich die Antragstellerin als ausreichend qualifiziert.

Zur Nicht-Zulassungsentscheidung befragt, gab die Antragstellerin an, diese sei vom Auftraggeber am 14.2. per E-Mail mitgeteilt worden. Am 18.2. seien auf Anfrage per e-mail die Gründe bekannt gegeben worden. Auf weitere, telefonische Nachfrage von Ing D*** am 19.2.2008 beim Auftraggeber, ob ein Angebot durch die Antragstellerin nicht doch noch möglich sei, habe DI C*** von der vergebenden Stelle mitgeteilt, dass diesbezüglich keine Möglichkeit mehr bestehe und sei weiter mitgeteilt worden, dass ohnehin eine 14 tägigen Beschwerdefrist bestehe. Aus diesem Hinweis auf die 14 tägige Beschwerdefrist habe jedenfalls geschlossen werden können, dass es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich handle. Daraufhin seien seitens Ing D*** weitere Interventionen, etwa mit dem Bürgermeister Hr. Mag. E***, getätigt und versucht worden, innerhalb dieser Frist noch zu einem befriedigendem Ergebnis und damit doch noch zu einem Angebot zu gelangen. Da dies nicht gelungen sei, habe die Antragstellerin versucht, den Firmenanwalt der Antragstellerin, RA Dr. F*** zu erreichen, der sich jedoch aufgrund der Energieferien auf Urlaub befunden habe. Daraufhin sei erst am darauf folgenden Montag mit diesem ein Kontakt zu Stande gekommen. Der Auftraggeber bestreite das Vorbringen. Auf dessen Befragen gab Ing D*** an, klar gewesen sei, dass das Schlauchliningverfahren mit einem Auftragswert von ca. 3,2 Mio. geschätzt worden sei, nicht klar gewesen sei, was zusätzlich noch an Qualifikationen anfallen würde, etwa ob Schächte abzubrechen oder Bohrarbeiten vorzunehmen seien. Auf weiteres Befragen durch den Auftraggeber, ob sich die Antragstellerin schon an Vergabeverfahren beteiligt

habe, bei denen sich der geschätzte Auftragswert nachträglich geändert und in der

2. Stufe erhöht habe, führte die Antragstellerin aus, dass sich zwar bei gleichbleibendem ursprünglich geschätzten Auftragswert schon öfter preislich höhere über den geschätzten Auftragswert hinaus gehende Angebote ergeben haben und der Auftrag dann auch zu diesem höheren Betrag zugeschlagen worden sei.

Auf weiteres Befragen durch den erkennenden Senat, ob der Antragstellerin die Schwellenwerte insgesamt, insbesondere jedoch bei Bauaufträgen bekannt seien, wurde dies bejaht und ausgeführt, dass der Schwellenwert für den Oberschwellenbereich bei Bauaufträgen ungefähr bei ca. 4,2 Mio. Euro liege. Auch die Fristen für eine Anfechtung seien der Antragstellerin bekannt, nämlich 1 Woche im Unterschwellenbereich und 14 Tage bei Aufträgen im Oberschwellenbereich.

Die vergebende Stelle (DI C***) führte aus, richtig sei, dass in den Teilnahmeunterlagen der UVS-NÖ als zuständige Behörde angeführt worden sei. Dies deshalb, weil bei einem Straßenprojekt vom Jahr 2007 auch der UVS-NÖ in den Ausschreibungsunterlagen genannt worden sei. Richtig sei auch, dass in den Teilnahmeunterlagen angeführt sei, die gegenständliche Leistung solle in 4 Baulose aufgegliedert in 2 Ausschreibungen vergeben werden, wobei Bauabschnitt 1 den Markt Piesting bis Felixdorf umfasse und dieser in der ersten Ausschreibung vergeben werde. In der weiteren Ausschreibung sollen Bauabschnitt 2, 3 und 4 zusammen vergeben werden. Alle jedoch zum insgesamt geschätzten Auftragswert von 3,2 Mio Euro. Die gegenständliche Ausschreibung sei die 1. Stufe des Verfahrens und habe den Teilnahmewettbewerb eröffnet.

Zur Kennzeichnung der Richtlinie 2004/ 18 /EWG im Bekanntmachungsformular wurde von DI C*** ausgeführt, dass aufgrund der Klarheit, dass es sich beim PAV um keinen Sektorenauftraggeber handle, einfach das andere Kästchen mit der Angabe der genannten Richtlinie angekreuzt worden sei, auch weil angenommen worden sei, dass ein Weiterkommen in der Abfragemaske ansonsten nicht möglich sei. Nicht bekannt gewesen sei, was in der Richtlinie stehe und nicht bekannt sei, dass diese nur für Vergaben im Oberschwellenbereich gelte.

Zur Schätzung des Auftragswertes wurde vom Auftraggeber bzw. von der vergebenden Stelle ausgeführt, dass diese von der Fa. G*** in Leipzig, Deutschland, im Beisein von DI C*** vorgenommen worden sei. Im Kostenplan seien die Nettokosten für sämtliche Schächte in ihrer jeweiligen Länge und den Schäden erfasst und die jeweilige Nettogesamtsumme für den Maßnahmenplan erfasst und ausgewiesen. Gemäß dem "Technische Bericht" seien nach Durchführung einer Zustandsbewertung und Erstellung eines Sanierungsprojektes für den Verbandssammler als Kosten für die notwendigen Maßnahmen für die im Verband befindlichen Gemeinden Reichental, Oed, Waldegg, Wopfung, Ober-Piesting, Markt Piesting, Wöllersdorf, Felixdorf und Sollenau mit Euro 3,187.434.- insgesamt netto ermittelt worden. Richtig sei auch, dass ein Kredit in der Höhe von 3 Mio Euro zur Finanzierung dieses Projektes beantragt und durch Gemeinderatsbeschluss auch genehmigt worden sei, weil der Auftraggeber kein Eigenkapital besitze. Eine höhere Eigenkapitalbeteiligung hätte naturgemäß zu höheren Gebühren führen müssen.

Die Antragstellerin monierte, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers den Teilnahmbewerbern nicht zur Verfügung gestanden sei.

Der Auftraggeber wandte ein, dass sich die Bieter bzw. Teilnahmewerber hinsichtlich der vom Auftraggeber durchgeführten Kostenschätzung an die Angaben in der Bekanntmachung halten und sich an dieser orientieren können.

Auf Frage der Antragstellerin, ob noch eine weitere Ausschreibung folge, wurde von DI C*** ausgeführt, dass diese Ausschreibung die 1. Stufe des zweistufigen Vergabeverfahrens darstelle. Mit dieser Ausschreibung sei beabsichtigt, qualifizierte Firmen zu finden, die nach Prüfung der Eignungskriterien in die zweite Stufe eingeladen würden. Die in den Teilnahmeunterlagen angeführten 2 Ausschreibung seien so zu verstehen, dass die qualifizierten fünf Unternehmen dann zur Angebotslegung für die genannten Bauabschnitte eingeladen werden sollen.

Auf Frage der Antragstellerin, wie viele Teilnehmer es gebe, führte DI C*** aus, dass sieben Teilnehmer die Teilnahmeunterlagen angefordert hätten, aufgrund mangelnder Qualifikation in Hinblick auf die geforderten großen Sonderprofile seien lediglich zwei Teilnehmer übrig geblieben.

Die eidesstattliche Erklärung von Ing D*** betreffend die telefonische Mitteilung, dass er ohnehin 14 Tage Zeit hätte, die Entscheidung zu bekämpfen, wurde von DI C*** bestritten und ausgeführt, dass er beim Telefonat nicht genau gewusst habe, mit wem genau von der Fa B*** er überhaupt spreche, vielmehr habe er sich seiner Ansicht nach mit

jemandem von der Fa. B*** lediglich darüber unterhalten, was seitens der Fa. B*** noch getan werden könne, um doch noch zu einer Angebotslegung zu gelangen. Dass es sich dabei um Ing D*** gehandelt habe, sei nicht bewusst gewesen. Dieses Vorbringen wurde von der Antragstellerin bestritten. Auf Grundlage des Akteninhaltes, sämtlicher Schriftsätze, insbesondere jener der Antragstellerin und des Auftraggebers, der vorgelegten Originalunterlagen und der Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung, wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Im März 2007 schrieb der Piestingtaler Abwasserverband die Sanierung von Abwasserleitungen und -kanäle mittels Schlauchliningverfahren im Zeitraum von April 2008 bis Juli 2010 als nicht offenes Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung im Unterschwellenbereich aus. Die österreichweite Bekanntmachung im amtlichen Lieferanzeiger erfolgte am 20.12.2007 und online unter auftrag.at. Unter Punkt II.1.2) "Kurze Beschreibung" ist angeführt, dass die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliningverfahren hierbei in 4 Baulose aufgegliedert ist, welche über 2 Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden und sich im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben können, wobei es Ziel dieses Teilnahmewettbewerbes ist, gemäß § 103 BVergG fünf geeignete qualifizierte Fachfirmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren auszuwählen. Im online Formular von lieferanzeiger.at wurde bei "Formularauswahl" die Bezeichnung "nur nationale Formulare" ausgewählt und bei Gesamtwert des Auftrags angegeben "von Euro 2 500 000 bis 3 200 000." Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert für das gesamte Projekt wurde mit rund Euro 3,2Mio netto beziffert. Im Formular lautend auf "Wettbewerbsbekanntmachung" für die PEP -online Bekanntmachung (lieferanzeiger.at/auftrag.at) von Verfahren im Unterschwellenbereich stehen zwei Kästchen für die Auswahl der Richtlinie 2004/18/EG oder der Richtlinie 2004/17/EG ("Sektoren") zur Verfügung, wobei der Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren die Richtlinie 2004/18/EG angekreuzt hat. Eine Aufteilung in Lose war nicht vorgesehen. Als Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 17.1.2008 vorgesehen. Im März 2007 schrieb der Piestingtaler Abwasserverband die Sanierung von Abwasserleitungen und -kanäle mittels Schlauchliningverfahren im Zeitraum von April 2008 bis Juli 2010 als nicht offenes Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung im Unterschwellenbereich aus. Die österreichweite Bekanntmachung im amtlichen Lieferanzeiger erfolgte am 20.12.2007 und online unter auftrag.at. Unter Punkt römisch zwei.1.2) "Kurze Beschreibung" ist angeführt, dass die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliningverfahren hierbei in 4 Baulose aufgegliedert ist, welche über 2 Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden und sich im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben können, wobei es Ziel dieses Teilnahmewettbewerbes ist, gemäß Paragraph 103, BVergG fünf geeignete qualifizierte Fachfirmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren auszuwählen. Im online Formular von lieferanzeiger.at wurde bei "Formularauswahl" die Bezeichnung "nur nationale Formulare" ausgewählt und bei Gesamtwert des Auftrags angegeben "von Euro 2 500 000 bis 3 200 000." Der vom Auftraggeber geschätzte Auftragswert für das gesamte Projekt wurde mit rund Euro 3,2Mio netto beziffert. Im Formular lautend auf "Wettbewerbsbekanntmachung" für die PEP -online Bekanntmachung (lieferanzeiger.at/auftrag.at) von Verfahren im Unterschwellenbereich stehen zwei Kästchen für die Auswahl der Richtlinie 2004/18/EG oder der Richtlinie 2004/17/EG ("Sektoren") zur Verfügung, wobei der Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren die Richtlinie 2004/18/EG angekreuzt hat. Eine Aufteilung in Lose war nicht vorgesehen. Als Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 17.1.2008 vorgesehen.

In den Teilnahmeunterlagen ist unter Punkt 1 "Leistungsgegenstand" folgendes festgelegt:

" Der Abwasserverband Piestingtal plant im Zeitraum vom April 2008 bis Juli 2010 großräumig Abwasserleitungen und -kanäle mittels Schlauchliningverfahren zu sanieren. Das vorgesehene Auftragsvolumen für diesen Zeitraum beträgt rund 3,2 Mio. Euro (netto). Die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliningverfahren ist hierbei in 4 Baulose aufgegliedert, welche über 2 Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes können sich Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben. Ziel dieses Teilnahmewettbewerbes ist es, gemäß § 103 BVergG 2006, fünf geeignete qualifizierte Fachfirmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren auszuwählen....." Der Abwasserverband Piestingtal plant im Zeitraum vom April 2008 bis Juli 2010 großräumig Abwasserleitungen und -kanäle mittels Schlauchliningverfahren zu sanieren. Das vorgesehene

Auftragsvolumen für diesen Zeitraum beträgt rund 3,2 Mio. Euro (netto). Die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliningverfahren ist hierbei in 4 Baulose aufgegliedert, welche über 2 Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden. Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes können sich Firmen für die Ausführung der Sanierungsarbeiten bewerben. Ziel dieses Teilnahmewettbewerbes ist es, gemäß Paragraph 103, BVergG 2006, fünf geeignete qualifizierte Fachfirmen für die grabenlose Sanierung von Abwasserleitungen und -kanälen mittels Schlauchliningverfahren auszuwählen.....

..

Des weiteren sind händische Instandsetzungsarbeiten von schließbaren Profilen, Reparaturarbeiten mittels Kanalrobotertechnik, Schachtsanierungen, Kanalwasserhaltungen und eine Dokumentation der Sanierungsarbeiten durchzuführen."

Gemäß Punkt 2 " Allgemeine Bestimmungen" bilden die Grundlage für den Teilnahmewettbewerb für die grabenlose Sanierung des Verbandssammlers die "Zusätzlichen Technischen Vertragsbestimmungen". Laut diesen als Teil der Teilnahmebedingungen unter Beilage 1 angeführten technischen Vertragsbestimmungen ist unter Punkt 1.2. "Vorbereitende Arbeiten" folgendes festgelegt:

"2.1 Kalibrierung Altkanal

Vor Beginn der baulichen Sanierung sind durch geeignete Maßnahmen die entsprechenden Kanäle auf ihre Maßgenauigkeit (Querschnittsabmessung an den Zu- und Abläufen in die Schächte sowie Halterungslänge) zu prüfen. Dies ist bei nicht begehbaren Entwässerungsleitungen einzukalkulieren. Bei begehbaren Profilen wird dies unter der LV-Position "Kalibrierung" gesondert vergütet.

Erst nach Durchführung der Kalibrierung dürfen die Schlauchliner bestellt bzw. produziert werden. Eine vorherige Bestellung oder Arbeitsbeginn liegt im Risiko des AN.

1.2.2 Statistische Berechnung Linerwandstärke

Durch den AN ist eine geprüfte statistische Berechnung gemäß DWA-Merkblatt M127, Teil 2 vor Beginn der Arbeiten zu erbringen. Der statistische Nachweis ist für alle kritischen Nennweiten-/ Wanddickenkombinationen entsprechend denangaben des AG zu führen. Maßgeblich für die Bemessung ist das Ergebnis des ungünstigsten Lastfalles.

Diese Statistik ist von einem anerkannten und bestätigten Prüfenieur zu prüfen und vor Beginn der Arbeiten dem AG zu übergeben.

Die Baufreigabe für den Einbau erfolgt erst nach Vorlage dieser geprüften statischen Berechnung."

Der Technische Bericht betreffend das gegenständliche Projekt, erstellt von der vergebenden Stelle, datiert 17.7.2007, ist das Ergebnis der Durchführung einer Zustandsbewertung zur Erstellung eines Sanierungsprojektes für den Verbandssammler. Der Bericht enthält eine umfassende statistische Auswertung der Bestands -und Zustandsdaten, eine beispielhafte Schadensdarstellung aus der TV-Kanalrohrinspektion, eine Untergliederung der Bauabschnitte samt zugeordnetem Budget, sowie als Beilagen Übersichtskarten, Lagepläne Bestand, Lagepläne Zustandsklassen, systematisierte TV-Kanalinspektionsberichte, Lagepläne Sanierung und die Kostenschätzung. Als Kosten für die notwendigen Maßnahmen für die im Verband befindlichen Gemeinden Reichental, Oed, Waldegg, Wopfing, Ober-Piesting, Markt Piesting, Wöllersdorf, Felixdorf und Sollenau sind auf Basis der technischen Auswertungen insgesamt netto Euro 3,187.434.- ermittelt worden. Aufgrund der von der vergebenden Stelle durchgeführten und im Technischen Bericht dokumentierten Kostenschätzung hat der Auftraggeber in der Folge nachstehenden Bau-, Zeit und Budgetplan erstellt

TABELLE nicht anonymisierbar

Neben der Antragstellerin haben weitere sechs Bewerber die Teilnahmeunterlagen angefordert. Die Antragstellerin hat die Teilnahmeunterlagen rechtzeitig abgegeben. Mit e-mail Schreiben vom 14.2.2008 hat der Auftraggeber der Antragstellerin mitgeteilt, dass die vorgelegten Unterlagen nicht den geforderten Standards entsprechen und daher eine Zulassung zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens ausgeschlossen ist. Mit e-mail Schreiben vom 19.2.2008 wurden auf Ersuchen der Antragstellerin die Gründe für die Nicht-Zulassung bekanntgegeben.

Mit Schriftsatz vom 29.2.2008 beantragte die Antragstellerin durch ihren Rechtsvertreter die Nichtigkeitsklärung der Nicht-Zulassung zur

1. 2.Ziffer 2

Stufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens.

Mit Schriftsatz vom 17.3.2008 brachte die Antragstellerin durch ihren Rechtsvertreter einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl I Nr 17/2006, wurde mit BGBl I Nr 86/2007, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 86/2007, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs 13 Z 1 BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 86/2007 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des BGBl I Nr 17/2006 als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab dem 1.1.2008 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 86/2007, (BVerG) anzuwenden. Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, kundgemacht am 26.11.2007, (BVerG) novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind grundsätzlich mit dem zweiten der Kundmachung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, folgenden Monatsersten, somit am 1.1.2008 in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, Ziffer eins, BVerG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des gegenständlich vom Auftraggeber geführten Vergabeverfahrens, das im Jahr 2007 eingeleitet wurde, die Bestimmungen des BVerG 2006 in der Stammfassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006, als Prüfmaßstab heranzuziehen hat. Davon abgesehen sind jedoch für die beim Bundesvergabeamt ab dem 1.1.2008 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren - das gegenständliche Nachprüfungsverfahren wurde beim BVA nach dem 1.1.2008 anhängig gemacht - vom Bundesvergabeamt die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 86 aus 2007,, (BVerG) anzuwenden.

1. 2.Ziffer 2

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVerG 2006 ist der Piestingtaler Abwasserverband, der auf Grundlage der §§ 87 ff WRG 1959 gegründet wurde. Es handelt sich damit um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Verbandszweck ist gemäß § 3 Abs 1 der Satzung vom 3.5.1996 die Reinigung von Abwässern sowie die Reinhaltung von Gewässern samt Beseitigung der angelauten Abfallstoffe. Diese Tätigkeit wird nicht gewerblich ausgeübt, da kein Wettbewerb in diesem Bereich stattfindet, Anschlusszwang besteht und die Tätigkeit der Abwasserentsorgung und -reinigung nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts und genießt daher Rechtsfähigkeit. Der Piestingtaler Abwasserverband ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVerG 2006. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der A*** GmbH im Auftrag und im Namen des Piestingtaler Abwasserverbandes geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVerG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVerG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 3.187.434,- (ohne USt). Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger erfolgte am 20.12.2008. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 14.2.2008 sämtlichen Bietern bekanntgegeben. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVerG 2006 ist der Piestingtaler Abwasserverband, der auf Grundlage der Paragraphen 87, ff WRG 1959 gegründet wurde. Es handelt sich damit um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Verbandszweck ist gemäß

Paragraph 3, Abs1 der Satzung vom 3.5.1996 die Reinigung von Abwässern sowie die Reinhaltung von Gewässern samt Beseitigung der angelauten Abfallstoffe. Diese Tätigkeit wird nicht gewerblich ausgeübt, da kein Wettbewerb in diesem Bereich stattfindet, Anschlusszwang besteht und die Tätigkeit der Abwasserentsorgung und -reinigung nicht auf Gewinn ausgerichtet ist. Als Wasserverband ist er eine Körperschaft öffentlichen Rechts und genießt daher Rechtsfähigkeit. Der Piestingtaler Abwasserverband ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der A*** GmbH im Auftrag und im Namen des Piestingtaler Abwasserverbandes geführt. Diese fungiert daher als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG 2006 zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrags beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 3.187.434,-- (ohne USt). Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Die Veröffentlichung im Amtlichen Lieferanzeiger erfolgte am 20.12.2008. Die Zuschlagsentscheidung wurde mit Schreiben vom 14.2.2008 sämtlichen Bietern bekanntgegeben. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde weder widerrufen, noch wurde der Zuschlag erteilt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt unabhängig davon, ob es sich um ein Vergabeverfahren im Unter- oder Oberschwellenbereich handelt, jedenfalls 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 unabhängig davon, ob es sich um ein Vergabeverfahren im Unter- oder Oberschwellenbereich handelt, jedenfalls 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.

Obwohl dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen und die Pauschalgebühr von Euro 2.500.- bezahlt wurde, ist vorab zu prüfen, ob hinsichtlich der Zulässigkeit auch die Voraussetzungen des § 322 Abs.1 Z 8 BVergG erfüllt sind, insbesondere, ob der gegenständliche Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der in § 321 BVergG genannten Fristen gestellt wurde. Obwohl dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen und die Pauschalgebühr von Euro 2.500.- bezahlt wurde, ist vorab zu prüfen, ob hinsichtlich der Zulässigkeit auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG erfüllt sind, insbesondere, ob der gegenständliche Nachprüfungsantrag rechtzeitig innerhalb der in Paragraph 321, BVergG genannten Fristen gestellt wurde.

1. 3.Ziffer 3

Inhaltliche Beurteilung :

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß § 2 Z 16. lit a sublit bb BVergG 2006 sind im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung. Gemäß § 321 Abs.1 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung 1. bei beschleunigten Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß den §§ 63 binnen sieben Tagen, 2. bei Verfahren, in denen die Angebotsfristen gemäß § 61 und gleichzeitig gemäß § 62 kumuliert verkürzt wurden, sieben Tage, 3. im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung bei der Vergabe von Aufträgen im Wege einer elektronischen Auktion oder auf Grund eines dynamischen Beschaffungssystems binnen sieben Tagen, 4. im Falle der Bekämpfung der Widerrufsentscheidung bei den in den §§ 140 Abs. 4 und 279 Abs. 4 genannten Fällen binnen sieben Tagen, 5. im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. oder des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen, 6. im Falle der Durchführung einer Direktvergabe binnen sieben Tagen, 7. in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Gemäß Abs.2 leg.cit sind

Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen 1. sofern die Angebotsfrist bzw. die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, binnen drei Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten, 2. in allen übrigen Fällen binnen sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hier zu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16 Punkt I, i, t, a Sub-Litera, b, b, BVergG 2006 sind im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gesondert anfechtbar folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung 1. bei beschleunigten Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß den Paragraphen 63, binnen sieben Tagen, 2. bei Verfahren, in denen die Angebotsfristen gemäß Paragraph 61 und gleichzeitig gemäß Paragraph 62, kumuliert verkürzt wurden, sieben Tage, 3. im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung bei der Vergabe von Aufträgen im Wege einer elektronischen Auktion oder auf Grund eines dynamischen Beschaffungssystems binnen sieben Tagen, 4. im Falle der Bekämpfung der Widerrufsentscheidung bei den in den Paragraphen 140, Absatz 4 und 279 Absatz 4, genannten Fällen binnen sieben Tagen, 5. im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. oder des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen, 6. im Falle der Durchführung einer Direktvergabe binnen sieben Tagen, 7. in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Gemäß Absatz 2, leg.cit sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen 1. sofern die Angebotsfrist bzw. die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, binnen drei Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten, 2. in allen übrigen Fällen binnen sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen.

Gemäß § 322 Abs.3 BVergG ist der Antrag, wenn die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde enthalten, auch dann innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt, wenn er bei der in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Gemäß § 12 Abs.1 Z 3 BVergG 2006 iVm § 1 Z 3 SchwellenwerteVO 2006 BGBl II Nr. 193/2006 erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer bei öffentlichen Bauaufträgen mindestens 5 278 000.- Euro beträgt. Gemäß Abs. 3 leg.cit erfolgen diese Verfahren im Unterschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer die in Abs.1 genannten Beträge nicht erreicht. Gemäß Paragraph 322, Absatz 3, BVergG ist der Antrag, wenn die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde enthalten, auch dann innerhalb der in Paragraph 321, genannten Fristen gestellt, wenn er bei der in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph eins, Ziffer 3, SchwellenwerteVO 2006 Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 193 aus 2006, erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer bei öffentlichen Bauaufträgen mindestens 5 278 000.- Euro beträgt. Gemäß Absatz 3, leg.cit erfolgen diese Verfahren im Unterschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer die in Absatz eins, genannten Beträge nicht erreicht.

Gemäß § 13 Abs. 3 BVergG 2006 ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß § 46, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2006 ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne

Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung gemäß Paragraph 46,, bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung.

Besteht gemäß § 14 Abs.1 BVergG 2006 ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke). Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs. 1 Z 3 genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 1 Million Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich (Abs.3 leg.cit). Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs. 1 Z 3 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Gewerkes (Abs.4 leg.cit).Besteht gemäß Paragraph 14, Absatz eins B, v, e, r, g, G, 2006 ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges römisch eins (Gewerke). Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 1 Million Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich (Absatz 3, leg.cit). Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Gewerkes (Absatz 4, leg.cit).

Gemäß § 25 Abs.3 BVergG 2006 werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Gemäß Paragraph 25, Absatz 3, BVergG 2006 werden beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

Gemäß § 27 BVergG 2006 können bei der Vergabe von Aufträgen die Auftraggeber frei zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen. Gemäß Paragraph 27, BVergG 2006 können bei der Vergabe von Aufträgen die Auftraggeber frei zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen.

§ 103 BVergG 2006 normiert die Bestimmungen für Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Art des Vergabeverfahrens und Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen -Präklusion Paragraph 103, BVergG 2006 normiert die Bestimmungen für Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung. Art des Vergabeverfahrens und Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen -Präklusion.

Gemäß EuGH-Erkenntnis vom 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), steht die Normierung von Präklusionsfristen den Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG nicht entgegen. Präklusionsfristen dürfen jedoch nicht in einer Art und Weise angewendet werden, dass sie als solche die Ausübung der Rechte, die den Betroffenen gegebenenfalls nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Dies ist dann der Fall, wenn die Präklusionsregelung die Rechtsausübung, die das Gemeinschaftsrecht den Betroffenen verleiht, im Hinblick auf Verstöße, die erst nach Ablauf der Präklusionsfrist für die Angebotsabgabe eintreten können,

praktisch unmöglich machen. In einem solchen Fall hat das nationale Gericht das innerstaatliche Recht, das es anzuwenden hat, soweit als möglich im Einklang mit den Zielen der Richtlinie 89/665/EWR auszulegen (vgl. BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36). Eine dieser EuGH-Entscheidung vergleichbare Sachverhaltskonstellation -das Vorliegen von Rechtsverstößen, die erst nach Ablauf der Präklusionsfrist für die Angebotsabgabe eintreten können -, ist im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gegeben. Gemäß EuGH-Erkenntnis vom 11.10.2007, Rs C-241/06 (Lämmerzahl GmbH), steht die Normierung von Präklusionsfristen den Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWR nicht entgegen. Präklusionsfristen dürfen jedoch nicht in einer Art und Weise angewendet werden, dass sie als solche die Ausübung der Rechte, die den Betroffenen gegebenenfalls nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Dies ist dann der Fall, wenn die Präklusionsregelung die Rechtsausübung, die das Gemeinschaftsrecht den Betroffenen verleiht, im Hinblick auf Verstöße, die erst nach Ablauf der Präklusionsfrist für die Angebotsabgabe eintreten können, praktisch unmöglich machen. In einem solchen Fall hat das nationale Gericht das innerstaatliche Recht, das es anzuwenden hat, soweit als möglich im Einklang mit den Zielen der Richtlinie 89/665/EWR auszulegen (vergleiche BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36). Eine dieser EuGH-Entscheidung vergleichbare Sachverhaltskonstellation -das Vorliegen von Rechtsverstößen, die erst nach Ablauf der Präklusionsfrist für die Angebotsabgabe eintreten können -, ist im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gegeben. Die Behauptung der Antragstellerin, den Teilnahmeunterlagen sei nicht eindeutig zu entnehmen gewesen, ob es sich um ein nicht offenes Verfahren mit öffentlicher Bekanntmachung oder um einen offenen Wettbewerb handle und seien zudem zahlreiche Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen widersprüchlich und falsch, geht insofern ins Leere, als aus den Teilnahmeunterlagen des gegenständlichen Verfahrens wiederholt hervorgeht, dass es sich um ein nicht offenes Verfahren mit öffentlicher Bekanntmachung handelt. Bereits aus der Beschreibung des Leistungsgegenstandes unter Punkt 1 der Teilnahmeunterlagen ergibt sich, dass der Auftraggeber aufgrund der zweistufigen Struktur des nicht offenen Verfahrens nach dem Auswahlverfahren in der 1. Stufe in der 2. Stufe mit den zur Angebotsabgabe eingeladenen Bietern das Vergabeverfahren führen will. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der herrschenden Lehre und Judikatur hätte die Antragstellerin innerhalb der gemäß § 321 BVergG vorgesehenen Frist (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; Die Behauptung der Antragstellerin, den Teilnahmeunterlagen sei nicht eindeutig zu entnehmen gewesen, ob es sich um ein nicht offenes Verfahren mit öffentlicher Bekanntmachung oder um einen offenen Wettbewerb handle und seien zudem zahlreiche Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen widersprüchlich und falsch, geht insofern ins Leere, als aus den Teilnahmeunterlagen des gegenständlichen Verfahrens wiederholt hervorgeht, dass es sich um ein nicht offenes Verfahren mit öffentlicher Bekanntmachung handelt. Bereits aus der Beschreibung des Leistungsgegenstandes unter Punkt 1 der Teilnahmeunterlagen ergibt sich, dass der Auftraggeber aufgrund der zweistufigen Struktur des nicht offenen Verfahrens nach dem Auswahlverfahren in der 1. Stufe in der 2. Stufe mit den zur Angebotsabgabe eingeladenen Bietern das Vergabeverfahren führen will. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der herrschenden Lehre und Judikatur hätte die Antragstellerin innerhalb der gemäß Paragraph 321, BVergG vorgesehenen Frist (vergleiche dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; BVA 23.6.2006, N/0036/02/2006-22; 19.10.2007, N/0074-BVA/08/2006-65) die Ausschreibung bzw. die Teilnahmeunterlagen (vgl. VwGH 11.10.2007, Zl. 2006/04/0112-6: " ... die Rechtzeitigkeit der gegenständlichen Anfechtung nach § 321 Abs. 2 BVergG 2006 zu beurteilen ist. Dabei ist als "Angebotsfrist" die Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen zu verstehen, da beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung in der Ausschreibung keine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten, sondern zur Abgabe von Teilnahmeanträgen erfolgt (vgl. bereits § 25 Abs. 3 BVergG 2006; vgl. idS auch den Klammerausdruck in § 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG 2006") sowie die als widersprüchlich behaupteten Festlegungen anfechten können bzw. müssen. Mangels rechtzeitiger Anfechtung innerhalb der in § 321 BVergG 2006 vorgesehenen Frist ist die Ausschreibung bzw. sind die Teilnahmeunterlagen daher bestandfest geworden. Dies gilt auch für die übrigen Ausschreibungsbestimmungen (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; 19.10.2007, N/0074-BVA/08/2006-65) die Ausschreibung bzw. die Teilnahmeunterlagen (vergleiche VwGH 11.10.2007, Zl. 2006/04/0112-6: " ... die Rechtzeitigkeit der gegenständlichen Anfechtung nach Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006 zu beurteilen ist. Dabei ist als "Angebotsfrist" die Frist für die Abgabe von Teilnahmeanträgen zu verstehen, da beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung in der Ausschreibung keine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten, sondern zur Abgabe von Teilnahmeanträgen erfolgt (vergleiche bereits Paragraph 25, Absatz 3, BVergG 2006; vergleiche idS auch den Klammerausdruck in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG 2006") sowie die als widersprüchlich behaupteten Festlegungen anfechten können bzw. müssen. Mangels rechtzeitiger Anfechtung innerhalb der in

Paragraph 321, BVergG 2006 vorgesehenen Frist ist die Ausschreibung bzw. sind die Teilnahmeunterlagen daher bestandfest geworden. Dies gilt auch für die übrigen Ausschreibungsbestimmungen vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234;

28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/239; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 und N/0095- BVA/04/2007-18; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63 u.a.).

Oberschwellenbereich- Unterschwellenbereich:

Wenn die Antragstellerin behauptet, es sei aufgrund der - unangefochtenen - widersprüchlichen Festlegungen in den Teilnahmeunterlagen und der Markierung des im Publikationsformular der Bekanntmachung vorgegebenen Kästchens "Anwendbarkeit der RL 2004/18/EG" davon auszugehen, dass es sich bei der gegenständlichen Vergabe um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle und demnach der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers rechtzeitig beim Bundesvergabeamt gestellt worden sei, so ist dem entgegenzuhalten, dass zum einen in den Teilnahmeunterlagen unter Punkt 1 "Leistungsgegenstand" klargelegt wird, dass der Abwasserverband Piestingtal im Zeitraum vom April 2008 bis Juli 2010 großräumig Abwasserleitungen und -kanäle mittels Schlauchliningverfahren zu sanieren beabsichtigt und das vorgesehene gesamte Auftragsvolumen für diesen Zeitraum "rund 3,2 Mio. Euro (netto)" beträgt sowie zum anderen die Ausführung der Sanierungsmaßnahmen mittels Schlauchliningverfahren im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung "im Unterschwellenbereich" vergeben werden sollen.

Ebenso ist in der - lediglich österreichweit - erfolgten öffentlichen Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger und den diesbezüglichen online- Plattformen (lieferanzeiger.at, auftrag.at) sowie in der Veröffentlichung in der Baudatenbank (baudatenbank.at) bezüglich der Beschreibung der Leistung jeweils angeführt, dass die Vergabe im Unterschwellenbereich erfolgt zu einem geschätzten Auftragsvolumen von rund 3,2 Mio Euro netto für "das gesamte Projekt".

In der am 18.3.2008 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung hat der Auftraggeber anhand der im Sinne der Bestimmung des § 13 Abs.3 BVergG 2006 übersichtlich und sachkundig durchgeführten Kostenschätzung glaubwürdig und nachvollziehbar dargestellt, dass die mit rund Euro 3,2Mio netto sachkundig geschätzten Kosten für das gesamte in vier Bauabschnitte gegliederte Sanierungsvorhaben veranschlagt worden sind und nicht lediglich, wie von der Antragstellerin behauptet, für "das gegenständliche Los". Ebenso detailliert sind im Technischen Bericht der gesamte Maßnahmenkatalog samt Modellsimulation und die Gebietserfassung dargestellt und ist festgehalten, dass in dem angeführten Zeitraum von 2008-2010 der "gesamte" Verbandssammler saniert werden soll, um den vom Sammler verursachten Fremdwasseranteil und den baulichen Zustand nachhaltig zu verbessern. Die Behauptung der Antragstellerin, dass ein Auftragswert von Euro 3,2 Mio.- für lediglich "das gegenständliche Los" geschätzt worden sei, demnach für die "weiteren Lose" nach Ansicht der Antragstellerin entsprechend gleich hohe oder höhere Auftragswerte vorgesehen seien und daher das gegenständliche Verfahren im Oberschwellenbereich zu führen sei, konnte vom Auftraggeber auch aufgrund der Tatsache, dass wegen mangelnden Eigenkapitals dem Abwasserverband nachweislich die Aufnahme eines Kredits in der Höhe von Euro 3 Mio.- mit Gemeinderatsbeschluss bewilligt werden musste, um die Kosten für die Abwassergebühren nicht anheben zu müssen, glaubwürdig widerlegt werden. In der am 18.3.2008 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten mündlichen Verhandlung hat der Auftraggeber anhand der im Sinne der Bestimmung des Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2006 übersichtlich und sachkundig durchgeführten Kostenschätzung glaubwürdig und nachvollziehbar dargestellt, dass die mit rund Euro 3,2Mio netto sachkundig geschätzten Kosten für das gesamte in vier Bauabschnitte gegliederte Sanierungsvorhaben veranschlagt worden sind und nicht lediglich, wie von der Antragstellerin behauptet, für "das gegenständliche Los". Ebenso detailliert sind im Technischen Bericht der gesamte Maßnahmenkatalog samt Modellsimulation und die Gebietserfassung dargestellt und ist festgehalten, dass in dem angeführten Zeitraum von 2008-2010 der "gesamte" Verbandssammler saniert werden soll, um den vom Sammler verursachten Fremdwasseranteil und den baulichen Zustand nachhaltig zu verbessern. Die Behauptung der Antragstellerin, dass ein Auftragswert von Euro 3,2 Mio.- für lediglich "das gegenständliche Los" geschätzt worden sei, demnach für die "weiteren Lose" nach Ansicht der Antragstellerin entsprechend gleich hohe oder höhere Auftragswerte vorgesehen seien und daher das gegenständliche Verfahren im Oberschwellenbereich zu führen sei, konnte vom Auftraggeber auch aufgrund der Tatsache, dass wegen mangelnden Eigenkapitals dem Abwasserverband nachweislich die Aufnahme eines Kredits in der Höhe von Euro 3 Mio.- mit Gemeinderatsbeschluss bewilligt werden musste, um die Kosten für die Abwassergebühren nicht anheben zu müssen, glaubwürdig widerlegt werden.

Dem Vorwurf der Antragstellerin, die Kostenschätzung des Auftraggebers nicht gekannt zu haben, ist entgegenzuhalten, dass diese weder eine Einsichtnahme in den Technischen Bericht vom 17.7.2007 noch Aufklärung vom Auftraggeber betreffend die Kostenschätzung verlangt hat. Der Einwand der Antragstellerin, es sei nicht bekannt gewesen, ob noch zusätzliche Bauarbeiten anfallen und die geschätzten Kosten von Euro 3,2 Mio. lediglich ein Ausgangswert seien, der noch steigen könne, geht insofern ins Leere, als in Punkt 1. der Teilnahmeunterlagen die weiteren erforderlichen Arbeiten und in Punkt 1.2. des Zusätzlichen Technischen Berichtes die vom Auftrag ebenso umfassten vorbereitenden Arbeiten angeführt sind. Bieteranfragen hinsichtlich allfälliger zusätzlicher Kosten für weitere Bauarbeiten wurden von der Antragstellerin nicht gestellt.

Der Behauptung der Antragstellerin, aufgrund der Markierung des Kästchens "Anwendbarkeit der RL 2004/18/EG" auf dem Publikationsformular der nationalen Bekanntmachung mit der Bezeichnung "Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich" sei jedenfalls davon auszugehen gewesen, dass der Auftraggeber eine Vergabe im Oberschwellenbereich vorsehe, sodass daher der gegenständliche Nachprüfungsantrag auf jeden Fall rechtzeitig sei, ist zu entgegnen, dass laut Aussagen in der mündlichen Verhandlung weder dem Auftraggeber noch die Antragstellerin der Inhalt und die Bestimmungen der angeführten Richtlinie 2004/18/EG bekannt sind. Das maßgebliche Kästchen wurde vom Auftraggeber in der nachvollziehbaren irrümlichen Meinung, diese Richtlinie komme zur Anwendung, da jedenfalls die andere Richtlinie für Sektorenauftraggeber nicht zu Anwendung komme, gekennzeichnet, ohne sich darüber im Klaren zu sein, dass diese RL für Vergaben im Oberschwellenbereich gilt. Primärer Maßstab für die Höhe des geschätzten Auftragswertes ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde (vgl. BVA vom 4.12.1997, F-10/97-14; BVA vom 26.9.2001, N-96/01-8; BVA 18.6.2003, 07N-48/03-51). Der Auftraggeber hat eine detaillierte und sachkundig ermittelte Kostenkalkulation vorgelegt, aus welcher ersichtlich ist, dass der geschätzte Auftragswert nach Gegenüberstellung der Reparatur der Abwasserkanalisation mittels verschiedener Verfahren und Techniken unter Berücksichtigung der Abflussflächen, der Mischwasserentlastung, der hydraulischen Leistungsfähigkeiten etc. für eine dem Stand der Technik angepassten Sanierung im Zeitraum 2008-2010 berechnet wurde. Die Vorgangsweise des Auftraggebers ist fundiert und entspricht dem durch die Rechtssprechung vorgegebenen Maßstab. Von der Vernehmung des als Zeuge geladenen DI C*** konnte Abstand genommen werden, weil dieser auch als Auskunftsperson befragt, glaubwürdig und unter Vorlage der durchgeführten Kostenschätzung nachvollziehbar darlegen konnte, dass der angeführte Auftragswert mit rund Euro 3,2 Mio.- für das gesamte Sanierungsvorhaben geschätzt worden sei und für die Zuordnung zum Ober- oder Unterschwellenbereich gemäß § 13 Abs.3 BVergG 2006 auf den vom Auftraggeber sachkundig zu ermittelnden Wert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ankommt und nicht auf die Annahme und " Ermittlung " durch die Antragsstellerin. Auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u N/0095- BVA/04/2007-18u.a.] waren die Ausschreibungsunterlagen dahingehend zu interpretieren, dass der Auftraggeber ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben und den Auftragswert mit rund Euro 3,2 Mio für das gesamte Sanierungsvorhaben geschätzt hat. Da es sich somit um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handelt, ist der beim Bundesvergabeamt am 29.2.2008 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens gemäß § 321 Abs.1 Z 5 BVergG iVm § 322 Abs.2 Z 2 BVergG unzulässig.

Der Behauptung der Antragstellerin, aufgrund der Markierung des Kästchens "Anwendbarkeit der RL 2004/18/EG" auf dem Publikationsformular der nationalen Bekanntmachung mit der Bezeichnung "Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich" sei jedenfalls davon auszugehen gewesen, dass der Auftraggeber eine Vergabe im Oberschwellenbereich vorsehe, sodass daher der gegenständliche Nachprüfungsantrag auf jeden Fall rechtzeitig sei, ist zu entgegnen, dass laut Aussagen in der mündlichen Verhandlung weder dem Auftraggeber noch die Antragstellerin der Inhalt und die Bestimmungen der angeführten Richtlinie 2004/18/EG bekannt sind. Das maßgebliche Kästchen wurde vom Auftraggeber in der nachvollziehbaren irrümlichen Meinung, diese Richtlinie komme zur Anwendung, da jedenfalls die andere Richtlinie für Sektorenauftraggeber nicht zu Anwendung komme, gekennzeichnet, ohne sich darüber im Klaren zu sein, dass diese RL für Vergaben im Oberschwellenbereich gilt. Primärer Maßstab für die Höhe des geschätzten Auftragswertes ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher

Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde vergleiche BVA vom 4.12.1997, F-10/97-14; BVA vom 26.9.2001, N-96/01-8; BVA 18.6.2003, 07N-48/03-51). Der Auftraggeber hat eine detaillierte und sachkundig ermittelte Kostenkalkulation vorgelegt, aus welcher ersichtlich ist, dass der geschätzte Auftragswert nach Gegenüberstellung der Reparatur der Abwasserkanalisation mittels verschiedener Verfahren und Techniken unter Berücksichtigung der Abflussflächen, der Mischwasserentlastung, der hydraulischen Leistungsfähigkeiten etc. für eine dem Stand der Technik angepassten Sanierung im Zeitraum 2008-2010 berechnet wurde. Die Vorgangsweise des Auftraggebers ist fundiert und entspricht dem durch die Rechtssprechung vorgegebenen Maßstab. Von der Vernehmung des als Zeuge geladenen DI C*** konnte Abstand genommen werden, weil dieser auch als Auskunftsperson befragt, glaubwürdig und unter Vorlage der durchgeführten Kostenschätzung nachvollziehbar darlegen konnte, dass der angeführte Auftragswert mit rund Euro 3,2 Mio.- für das gesamte Sanierungsvorhaben geschätzt worden sei und für die Zuordnung zum Ober- oder Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 13, Absatz 3, BVergG 2006 auf den vom Auftraggeber sachkundig zu ermittelnden Wert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer ankommt und nicht auf die Annahme und " Ermittlung " durch die Antragsstellerin. Auch aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C- 448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u N/0095- BVA/04/2007-18u.a.] waren die Ausschreibungsunterlagen dahingehend zu interpretieren, dass der Auftraggeber ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben und den Auftragswert mit rund Euro 3,2 Mio für das gesamte Sanierungsvorhaben geschätzt hat. Da es sich somit um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handelt, ist der beim Bundesvergabeamt am 29.2.2008 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung zur 2. Stufe des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG in Verbindung mit Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG unzulässig. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt II Zu Spruchpunkt römisch zwei

Gemäß § 71 Abs. 1 AVG ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn 1. die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minder Grad des Versehens trifft, oder 2. die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei. Gemäß Abs.2 leg.cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß § 71 Abs. 3 AVG hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn 1. die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minder Grad des Versehens trifft, oder 2. die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei. Gemäß Absatz 2, leg.cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß Paragraph 71, Absatz 3, AVG hat die Partei im Fall der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Der Wiedereinsetzungsantrag der Antragstellerin richtet sich gegen die Versäumung der Frist zur Nichtigerklärung der Nicht-Zulassung in dem vom Auftraggeber laut den Teilnahmeunterlagen und den Angaben in der Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger als nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich ausgeschriebenem Vergabeverfahren. Die Ausschreibung im Amtlichen Lieferanzeiger (lieferanzeiger.at; auftrag.at. und baudatenbank.at) wurde vom Auftraggeber zwar unter Verwendung des Standardformulars mit der Bezeichnung "Wettbewerbsbekanntmachung" und der Markierung des Kästchens "RL 2004/18/EG" , jedoch mit dem Aufdruck "Verfahren im Unterschwellenbereich" und der Kurzbeschreibung "Die

Ausführung der Sanierungsmaßnahmen, welche über 2

Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden" am 20.12.2007 bekanntgemacht. Wenn die Antragstellerin behauptet, es treffe sie am allfälligen Versäumen der Nachprüfungsfrist - wenn überhaupt - nur ein geringes Verschulden, weil im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung der Ausschreibungsunterlagen und aufgrund der mündlichen Mitteilungen der ausschreibenden Stelle davon auszugehen war, dass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliege und aufgrund der kryptischen Ausführungen nicht erkennbar gewesen sei, dass der Verweis auf die anzuwendende europäische Richtlinie nur einen Irrtum darstelle und diese somit einen geringen Grad des Versehens darstelle, und darüber hinaus erst durch Übermittlung der Stellungnahmen des Auftraggebers am 12.3.2008 im Rahmen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens bekannt geworden sei, dass von einer Vergabe im Unterschwellenbereich auszugehen sei und daher der gegenständliche Wiedereinsetzungsantrag rechtzeitig sei, verkennt die Antragstellerin, dass die Frist für die Stellung des Wiedereinsetzungsantrages gemäß § 71 Abs.2 AVG ab Kenntnis der Verspätung des eingebrachten Rechtsmittels zu berechnen ist und von einer Kenntnis der Verspätung bereits dann auszugehen ist, sobald die Partei bzw. deren Vertreter die Verspätung des Rechtsmittels bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen konnte und musste (vgl. VwGH 27.5.1991, 91/19/0084; VwGH 26.7.2002, 99/02/0314). Wie unter Spruchpunkt I ausgeführt, waren aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich vergeben werden" am 20.12.2007 bekanntgemacht. Wenn die Antragstellerin behauptet, es treffe sie am allfälligen Versäumen der Nachprüfungsfrist - wenn überhaupt - nur ein geringes Verschulden, weil im Hinblick auf den Inhalt der Bekanntmachung der Ausschreibungsunterlagen und aufgrund der mündlichen Mitteilungen der ausschreibenden Stelle davon auszugehen war, dass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliege und aufgrund der kryptischen Ausführungen nicht erkennbar gewesen sei, dass der Verweis auf die anzuwendende europäische Richtlinie nur einen Irrtum darstelle und diese somit einen geringen Grad des Versehens darstelle, und darüber hinaus erst durch Übermittlung der Stellungnahmen des Auftraggebers am 12.3.2008 im Rahmen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens bekannt geworden sei, dass von einer Vergabe im Unterschwellenbereich auszugehen sei und daher der gegenständliche Wiedereinsetzungsantrag rechtzeitig sei, verkennt die Antragstellerin, dass die Frist für die Stellung des Wiedereinsetzungsantrages gemäß Paragraph 71, Absatz 2, AVG ab Kenntnis der Verspätung des eingebrachten Rechtsmittels zu berechnen ist und von einer Kenntnis der Verspätung bereits dann auszugehen ist, sobald die Partei bzw. deren Vertreter die Verspätung des Rechtsmittels bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen konnte und musste vergleiche VwGH 27.5.1991, 91/19/0084; VwGH 26.7.2002, 99/02/0314). Wie unter Spruchpunkt römisch eins ausgeführt, waren aus der Sicht eines durchschnittlichen, fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [Vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078;

16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.1.2008, N/112-BVA/14/2007-20;

19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u N/0095-BVA/04/2007-18u.a.] die Ausschreibungsunterlagen dahingehend zu interpretieren, dass der Auftraggeber ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben und den Auftragswert mit rund Euro 3,2 Mio. für das gesamte Sanierungsvorhaben geschätzt hat. Die Behauptung der Antragstellerin, erst durch die Stellungnahme des Auftraggebers am 12.3.2008 von einer Vergabe im Unterschwellenbereich in Kenntnis gesetzt worden zu sein, geht insofern ins Leere, als die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 18.3.2008 angegeben hat, die Teilnahmeunterlagen ausführlich gelesen und erkannt zu haben, dass laut Punkt I der Teilnahmeunterlagen die Sanierungsarbeiten in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu einem gesamten Auftragsvolumen von rund Euro 3,2 Mio.- vergeben werden und dies auch so in der Bekanntmachung angegeben war. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig ausgesagt, dass ihr die Werte für die Zuordnung zum Ober- bzw. Unterschwellenbereich bei Bauaufträgen sowie die jeweils erforderlichen Anfechtungsfristen von sieben bzw. vierzehn Tagen schon aufgrund der überaus häufigen jährlichen Beteiligung an derartigen bzw. ähnlichen Ausschreibungen seit langem bekannt sind. Da aufgrund der obigen Ausführungen und der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens die Antragstellerin bzw. ihr rechtsfreundlicher Vertreter bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht erst durch die Stellungnahme des Auftraggebers 12.3.2008 im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Verspätung des Nachprüfungsantrags hatte erkennen können und müssen, war der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als verspätet zurückzuweisen. 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u

N/0095-BVA/04/2007-18u.a.] die Ausschreibungsunterlagen dahingehend zu interpretieren, dass der Auftraggeber ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben und den Auftragswert mit rund Euro 3,2 Mio. für das gesamte Sanierungsvorhaben geschätzt hat. Die Behauptung der Antragstellerin, erst durch die Stellungnahme des Auftraggebers am 12.3.2008 von einer Vergabe im Unterschwellenbereich in Kenntnis gesetzt worden zu sein, geht insofern ins Leere, als die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 18.3.2008 angegeben hat, die Teilnahmeunterlagen ausführlich gelesen und erkannt zu haben, dass laut Punkt römisch eins der Teilnahmeunterlagen die Sanierungsarbeiten in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu einem gesamten Auftragsvolumen von rund Euro 3,2 Mio.- vergeben werden und dies auch so in der Bekanntmachung angegeben war. Darüber hinaus hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig ausgesagt, dass ihr die Werte für die Zuordnung zum Ober- bzw. Unterschwellenbereich bei Bauaufträgen sowie die jeweils erforderlichen Anfechtungsfristen von sieben bzw. vierzehn Tagen schon aufgrund der überaus häufigen jährlichen Beteiligung an derartigen bzw. ähnlichen Ausschreibungen seit langem bekannt sind. Da aufgrund der obigen Ausführungen und der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens die Antragstellerin bzw. ihr rechtsfreundlicher Vertreter bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht erst durch die Stellungnahme des Auftraggebers 12.3.2008 im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Verspätung des Nachprüfungsantrags hatte erkennen können und müssen, war der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als verspätet zurückzuweisen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs. 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Gemäß § 318 Abs. 1 BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 1. Satz BVergG nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 BVergG ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin hat für den am 29.2.2008 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. BVergG im Hinblick auf das im Unterschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2500.-- entrichtet. Da der Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt I zurückgewiesen wurde und damit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag kein auch nur "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSd § 319 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 leg.cit. nicht stattzugeben. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG hat der Antragsteller für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß Paragraph 318, Absatz 2, 1. Satz BVergG nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß Paragraph 318, Absatz 3, BVergG ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang römisch neunzehn ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Die Antragstellerin hat für den am 29.2.2008 eingebrachten Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Abs. BVergG im Hinblick auf das im Unterschwellenbereich zu führende Verfahren nachweislich insgesamt Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 2500.-- entrichtet. Da der Nachprüfungsantrag gemäß Spruchpunkt römisch eins zurückgewiesen wurde und damit im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag kein auch nur "teilweises Obsiegen" der Antragstellerin iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 vorliegt, ist dem Antrag auf Ersatz der Gebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit. nicht stattzugeben. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Gesondert anfechtbare Entscheidung, nicht offenes Verfahren, Nicht-Zulassung zur Teilnahme, Teilnahmeantrag, Auftragswert, Präklusion, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Pauschalgebühren, Zurückweisung

Dokumentnummer

VERGT_20080411_N_0023_BVA_03_2008_26_00

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