

TE Verg Bescheid 2006/8/11 N/0067-BVA/02/2006-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.08.2006

Norm

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §328

BVergG 2006 §329

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabebezugsgesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Verbesserter Hochwasserschutz Wien - Hafenumschließungsdamm Lobau, Auftragsnummer 11170010", des Auftraggebers DHK Donauhochwasserschutz-Konkurrenz vertreten durch ihre geschäftsführende Stelle via donau Österreichische Wasserstraßengesellschaft mbH., Am Brigittenauer Sporn 7, 1200 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 7. August 2006, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabebezugsgesetz 2006 (BVergG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "Verbesserter Hochwasserschutz Wien - Hafenumschließungsdamm Lobau, Auftragsnummer 11170010", des Auftraggebers DHK Donauhochwasserschutz-

Konkurrenz vertreten durch ihre geschäftsführende Stelle via donau Österreichische Wasserstraßengesellschaft mbH., Am Brigittenauer Sporn 7, 1200 Wien, vertreten durch X***, über Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 7. August 2006, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Zuschlages untersagen", wird insoweit stattgegeben,

als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 18. September 2006 untersagt wird, im Vergabeverfahren "Verbesserter Hochwasserschutz Wien - Hafenumschließungsdamm Lobau Auftragsnummer 11170010" den Zuschlag zu erteilen.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

Begründung:

Die Bekanntmachung zur Ausschreibung im Vergabeverfahren "Verbesserter Hochwasserschutz Wien - Hafenumschließungsdamm Lobau, Auftragsnummer 11170010" wurde unter der Auftragsbezeichnung "Verbesserung des Hochwasserschutzes durch Standfestigkeitsverbesserung und Aufhöhung des bestehenden Dammes und diversen Einbauten" am 17. Mai 2006 im Amtsblatt der Wiener Zeitung / Rubrik: Amtlicher Lieferanzeiger zu L 315 448 veröffentlicht. Aus der Bekanntmachung ergibt sich, dass der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand in Form eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich an das Angebot mit dem niedrigsten Preis vergeben werden soll. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist mit 19.6.2006, die Zuschlagsfrist ist mit bis zu 2 Monaten und die Vertragslaufzeit ist mit 21 Monaten ab Auftragsvergabe angegeben.

Mit Schriftsatz vom 7. August 2006 stellten A***, vertreten durch Y*** (in der Folge Antragstellerin) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren. Damit in Verbindung wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von gesamt Euro 5.000,-- gestellt.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Punkte 1.2. und 2.3.1. der Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Ausschreibungsunterlagen legten fest, dass die Abgabe des Angebotsschreibens rechtsgültig gefertigt einzureichen sei. § 108 Abs. 1 Z 9 BVergG bestimme ebenso, dass jedes Angebot neben dem Datum die rechtsgültige Unterfertigung enthalten müsse. Die Rechtsgültigkeit einer Unterfertigung richte sich auch im Vergaberecht primär danach, ob ein Bieter zivilrechtlich an sein Angebot gebunden sei. Die zivilrechtliche Bindung einer juristischen Person erfordere konkrete Vertretungsbefugnis des Unterfertigenden. Vertretungsbefugt für juristische Personen des Privatrechts, so auch für die hier relevante GmbH seien die im Firmenbuch ausgewiesenen Geschäftsführer und Prokuristen in der dort ausgewiesenen Form. Im Falle des Angebotes der Arbeitsgemeinschaft B*** und C*** (idF präsumtive Zuschlagsempfängerin) sei aus dem Firmenbuch ersichtlich, dass die C*** entweder durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werde. Es sei somit ausschließlich eine Gesamtvertretung vorgesehen, sodass jeweils zwei Personen nur gemeinsam vertretungsbefugt seien. Damit ergebe sich, dass die auf dem Begleitschreiben zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ersichtliche einzelne Unterschrift für die C*** keine organschaftliche Vertretung der Gesellschaft darstelle und für sich keine zivilrechtliche Bindung erzeugen könne. Aufgrund der Verkehrssusancen sei anzunehmen, dass auch das Angebotsschreiben in gleicher Weise unterfertigt sei. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Punkte 1.2. und 2.3.1. der Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Ausschreibungsunterlagen legten fest, dass die Abgabe des Angebotsschreibens rechtsgültig gefertigt einzureichen sei. Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG bestimme ebenso, dass jedes Angebot neben dem Datum die rechtsgültige Unterfertigung enthalten müsse. Die Rechtsgültigkeit einer Unterfertigung richte sich auch im Vergaberecht primär danach, ob ein Bieter zivilrechtlich an sein Angebot gebunden sei. Die zivilrechtliche Bindung einer juristischen Person erfordere konkrete Vertretungsbefugnis des Unterfertigenden. Vertretungsbefugt für juristische Personen des Privatrechts, so auch für die hier relevante GmbH seien die im Firmenbuch ausgewiesenen Geschäftsführer und Prokuristen in der dort ausgewiesenen Form. Im Falle des Angebotes der Arbeitsgemeinschaft B*** und C*** in der Fassung präsumtive Zuschlagsempfängerin) sei aus dem Firmenbuch ersichtlich, dass die C***

entweder durch zwei Geschäftsführer gemeinsam oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werde. Es sei somit ausschließlich eine Gesamtvertretung vorgesehen, sodass jeweils zwei Personen nur gemeinsam vertretungsbefugt seien. Damit ergebe sich, dass die auf dem Begleitschreiben zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ersichtliche einzelne Unterschrift für die C*** keine organschaftliche Vertretung der Gesellschaft darstelle und für sich keine zivilrechtliche Bindung erzeugen könne. Aufgrund der Verkehrssancen sei anzunehmen, dass auch das Angebotsschreiben in gleicher Weise unterfertigt sei.

Eine Handlungsvollmacht des Unterfertigten sei nicht anzunehmen, weil durch den Zusatz "ppa." eine Unterfertigung als Prokurist erfolge. Bei Vorliegen einer Handlungsvollmacht sei die Unterschrift mit dem Zusatz "i.A." zu tätigen. Sofern die gegenständliche Unterschrift auf dem Angebotsschreiben von einem durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Abgabe des Angebotes Handlungsbevollmächtigten stamme, wäre diese Handlungsvollmacht - wie sich aus der nach § 107 Abs. 1 BVergG iVm den Ausschreibungsbestimmungen Punkt 1.2. und 2. Allgemeinen Vertragsbestimmung ergebe, wonach Schriftlichkeit und Vollständigkeit des Angebotes inklusive Angebotsschreiben gefordert werde - dem Angebot beizufügen gewesen. Die Beilage einer Handlungsvollmacht sei insbesondere zur Einhaltung des vergaberechtlichen Transparenzgebotes zwingend. Daher sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit einem Mangel behaftet. Eine Handlungsvollmacht des Unterfertigten sei nicht anzunehmen, weil durch den Zusatz "ppa." eine Unterfertigung als Prokurist erfolge. Bei Vorliegen einer Handlungsvollmacht sei die Unterschrift mit dem Zusatz "i.A." zu tätigen. Sofern die gegenständliche Unterschrift auf dem Angebotsschreiben von einem durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Abgabe des Angebotes Handlungsbevollmächtigten stamme, wäre diese Handlungsvollmacht - wie sich aus der nach Paragraph 107, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit den Ausschreibungsbestimmungen Punkt 1.2. und 2. Allgemeinen Vertragsbestimmung ergebe, wonach Schriftlichkeit und Vollständigkeit des Angebotes inklusive Angebotsschreiben gefordert werde - dem Angebot beizufügen gewesen. Die Beilage einer Handlungsvollmacht sei insbesondere zur Einhaltung des vergaberechtlichen Transparenzgebotes zwingend. Daher sei das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit einem Mangel behaftet.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinem Mitbewerber materiell verbessert würde. Dass ein Bieter durch Einflussnahme auf die Verbindlichkeit seines Angebotes seine Wettbewerbsstellung materiell verbessere, sei offensichtlich.

Zudem habe der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21.12.2004, 2004/04/0100 zum Erfordernis der Verlesung von Angebotsbestandteilen (nunmehr § 118 Abs. 5 BVergG) festgehalten, diese "dienen nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens, sondern haben auch `präventive Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote` (Hinweis Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, S. 459, K.4 zu § 88) ... Die Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens [ist] nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation (etwa durch nachträgliche Änderung des Angebots) vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigklärung ohnehin schon auf Grund dieser Manipulation - die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß § 21 BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde". Zudem habe der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21.12.2004, 2004/04/0100 zum Erfordernis der Verlesung von Angebotsbestandteilen (nunmehr Paragraph 118, Absatz 5, BVergG) festgehalten, diese "dienen nicht nur der Transparenz des Vergabeverfahrens, sondern haben auch `präventive Wirkung hinsichtlich der Manipulation der Angebote` (Hinweis Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, S. 459, K.4 zu Paragraph 88,) ... Die Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens [ist] nicht erst dann gegeben, wenn eine Manipulation (etwa durch nachträgliche Änderung des Angebots) vorliegt. In einem solchen Fall wäre eine Nichtigklärung ohnehin schon auf Grund dieser Manipulation - die jedenfalls den Vergabegrundsätzen gemäß Paragraph 21, BVergG widerspricht - möglich. Vielmehr ist die Relevanz bereits dann gegeben, wenn durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht bzw. erleichtert würde".

Der Grundsatz dieser Entscheidung lasse sich mühelos auf das Erfordernis der Beilage einer schriftlichen Handlungsvollmacht zum Angebot übertragen. In einer öffentlichen Ausschreibung treffe den Auftraggeber eine Prüfpflicht hinsichtlich der Verbindlichkeit von Angeboten nach § 118 Abs. 4 und § 123 Abs. 2 Z 5 BVergG. Ergebe sich

nach Abschluss des Vergabeverfahrens die Unverbindlichkeit des zugeschlagenen Angebotes, sei damit nicht nur der Auftraggeber durch die Notwendigkeit der Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens geschädigt, sondern auch der Aufwand des nicht zum Zuschlag gelangten Bestbietes frustriert. Die grundlegendste Manipulation eines Angebotes sei eine Einflussnahme auf dessen Verbindlichkeit (vgl. zur firmenmäßigen Zeichnung OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a). Nur durch schriftliche Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei gewährleistet und auch für die Mitbewerber nachvollziehbar, dass tatsächlich ein zum Zeitpunkt der Angebotslegung verbindliches Angebot vorliege. Liege eine Handlungsvollmacht zum für die Prüfung relevanten Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht vor, sei das betreffende Angebot vergaberechtlich als unverbindlich anzusehen und sofort auszuschneiden. Der Grundsatz dieser Entscheidung lasse sich mühelos auf das Erfordernis der Beilage einer schriftlichen Handlungsvollmacht zum Angebot übertragen. In einer öffentlichen Ausschreibung treffe den Auftraggeber eine Prüfpflicht hinsichtlich der Verbindlichkeit von Angeboten nach Paragraph 118, Absatz 4 und Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG. Ergebe sich nach Abschluss des Vergabeverfahrens die Unverbindlichkeit des zugeschlagenen Angebotes, sei damit nicht nur der Auftraggeber durch die Notwendigkeit der Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens geschädigt, sondern auch der Aufwand des nicht zum Zuschlag gelangten Bestbietes frustriert. Die grundlegendste Manipulation eines Angebotes sei eine Einflussnahme auf dessen Verbindlichkeit vergleiche zur firmenmäßigen Zeichnung OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a). Nur durch schriftliche Nachweise zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe sei gewährleistet und auch für die Mitbewerber nachvollziehbar, dass tatsächlich ein zum Zeitpunkt der Angebotslegung verbindliches Angebot vorliege. Liege eine Handlungsvollmacht zum für die Prüfung relevanten Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht vor, sei das betreffende Angebot vergaberechtlich als unverbindlich anzusehen und sofort auszuschneiden.

Während die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes über das Erfordernis der Beilage einer schriftlichen Handlungsvollmacht zum (nicht firmenmäßig gezeichneten) Angebot bisher nicht befunden habe, habe das Bundesvergabeamt in gleich gelagerten Fällen (BVA 3.8.2005, 17N-61/02-17; 14.5.2003, 05N-36/03-29) ausdrücklich erkannt, dass ein Angebot ohne beiliegende Handlungsvollmacht als mit einem behebbaren Mangel behaftet auszuschneiden sei.

Der Auftraggeber hätte somit das Angebot der präsumtiven Bestbieterin nach §129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 auch auszuschneiden gehabt. Der Zuschlag wäre dadurch der Antragstellerin zu erteilen. Durch die vergaberechtswidrige Unterlassung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belaste der Auftraggeber die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit. Der Auftraggeber hätte somit das Angebot der präsumtiven Bestbieterin nach §129 Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auch auszuschneiden gehabt. Der Zuschlag wäre dadurch der Antragstellerin zu erteilen. Durch die vergaberechtswidrige Unterlassung des Ausscheidens des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belaste der Auftraggeber die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf ein rechtmäßiges Vergabeverfahren, Ausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes verletzt. Schon durch die Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren und die Abgabe eines Angebotes habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss erwiesen. Sollte der Zuschlag nicht der Antragstellerin erteilt werden, drohe ihr ein erheblicher Schaden. Im Einzelnen die Kosten der Angebotserstellung in Höhe von ca. EUR 12.000,--, Deckungsbeiträge in Höhe von mindestens EUR 900.000,--, die bisher aufgewendeten Kosten der anwaltlichen Vertretung, welche mit der Abgabe eines Schriftsatzes seitens der Rechtsvertreterin bescheinigt würden, in Höhe von EUR 2.000,-- sowie neben diesen dargestellten finanziellen Interessen auch der Verlust eines für zukünftige Ausschreibungen für die Antragstellerin wesentlich bedeutenden Referenzprojektes.

Zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens kein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegenstehe. In den Ausschreibungsunterlagen fände sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Es liege kein öffentliches Interesse, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Gesundheit infolge einer möglichen Verzögerung der Arbeiten vor. Öffentliche Interessen bestünden jedoch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter. Dabei habe die Rechtswidrigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe. Der Auftraggeber ziele mit der gegenständlichen Ausschreibung ausschließlich auf die Erlangung eines kostengünstigen Angebotes ab. Es gäbe keine

Zuschlagskriterien, die eine möglichst rasche Arbeitsdurchführung in die Angebotsbewertung einbeziehen und der Auftraggeber habe überdies durch die Wahl des nicht beschleunigten offenen Verfahrens, das die längsten Fristen aufweise, zu erkennen gegeben, dass kein Interesse an einer raschen Auftragsdurchführung bestehe. Ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegenüber den Interessen des Auftraggebers sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sei nicht gegeben, vielmehr sei das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend anzusehen.

Mit Schriftsatz vom 10. August 2006 legte der Auftraggeber den Vergabeakt vor und gab bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Vorhabens EUR 4,417.269,75 (exklusive USt.) betrage und eine Unterteilung in Lose nicht vorgesehen sei. Die Vergabe erfolge nach dem "Billigstbieterprinzip", die Angebotsöffnung sei am 19.6.2006 erfolgt, ein Ausscheiden der Antragstellerin sei bisher nicht erfolgt, jedoch nach eingehender Angebotsprüfung wahrscheinlich. Das Verfahren befände sich im Stadium nach der Zuschlagsentscheidung, welche mit Mitteilung per Telefax an alle Bieter am 31. Juli 2006 stattgefunden habe. Ein Zuschlag sei nicht erteilt und die Ausschreibung sei nicht widerrufen worden.

Zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass der Antrag aussichtslos und offenbar auf Grund eines (begrifflichen) Informationsdefizites, insbesondere über die Tatsache, dass ohnedies eine Vollmacht und damit eine rechtswirksame Fertigung vorgelegen sei, gestellt worden sei. Die Fertigung der C*** sei rechtswirksam. Die C*** habe ihren Gesamtprokuristen R*** mit firmenmäßig gezeichneter Vollmacht vom 14.6.2006 zur rechtsverbindlichen Zeichnung des Angebotes bevollmächtigt. Das Angebot sei daher wirksam und nicht auszuscheiden. Im Provisorialverfahren sei zwar die Begründetheit des Antrages nicht zu prüfen, dies könne aber dann nicht gelten, wenn, wie in diesem Fall, eine ganz einfache Prüfung an Hand der Urkunden ein klares Bild ergebe. Andere Antragsgründe würden nicht einmal geltend gemacht, sodass sich das Verfahren auf den einzigen Beschwerdepunkt beschränke und daher eine Sachentscheidung bereits möglich wäre.

Es bestehe ein überwiegendes und außerordentliches öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Die offenkundige Unbegründetheit des Antrages sei bei dieser Lage des Verfahrens auch in die Interessensabwicklung einzubeziehen. Ein Katastrophenereignis mit schweren Schäden an Leib und Leben könne jederzeit eintreten, da die Dammhöhe des Hafenumschließungsdammes nicht ausreiche und die Standsicherheit durch Wasserwegigkeit der Sickerwässer beeinträchtigt sei. Die Gefahr des Dammbruches, die durch das Hochwasser der letzten Tage verschärft worden sei, erfordere einen umgehenden Beginn der Bauarbeiten. Bei Dammbruch komme es zu einer großräumigen Überflutung der Orte Großenzersdorf, Mühlleiten, Schöndorf, Mannersdorf, Orth an der Donau, Eckartsau, u.v.a.m., wobei für diesen Katastrophenfall noch keine Evakuierungspläne vorlägen, die Überflutungshöhe mehrere Meter (stellenweise), erreichen könne und keine Fluchthügel bestünden. Es bestünde daher für eine große Anzahl von Anwohnern unmittelbare Gefahr für Leib und Leben. Die notwendigen Verwaltungsverfahren seien mit dem nötigen Nachdruck betrieben worden, das Vorhaben sei jedoch durch naturschutzrechtliche Einsprüche im Zusammenhang mit dem Nationalpark Donau-Auen verzögert worden. Die dramatischen Ereignisse im Marchgebiet hätten bewiesen, dass es sich nicht um theoretische Szenarien, sondern um eine tatsächlich drohende Gefahr handle.

Grund für die Sanierung des Dammes sei, dass der Umschließungsdamm in den Kriegsjahren 1940-42 mit Sklavenarbeit aus den Feinteilen des anstehenden Bodens errichtet worden sei. Das Material könne daher technisch nicht verdichtet werden, sodass die Standsicherheit des Dammes bedroht werde und außerdem Sickerwässer eindringen könnten. Gerade in der aktuell gegebenen Hochwassersituation werde das Dammmaterial durch Sickerwässer gesättigt. Komme es dann zu einem weiteren Ansteigen, so könne der Dammbruch bereits eintreten, wenn die Dammkrone noch nicht vom Wasser überflutet werde. Das Hochwasser im August 2002 habe zu Notmaßnahmen gezwungen, ein weiteres Ansteigen des aktuellen Pegels oder eine Wiederholung einer vergleichbaren Hochwassersituation könne jederzeit einen Dammbruch großen Ausmaßes herbeiführen. Durch die Hochwässer der letzten Tage sei eine Wassersättigung des Dammes eingetreten, die die Bedrohungslage wesentlich verschärft habe. Dazu komme, dass sich erst jetzt herausgestellt habe, dass das Risiko einer Überflutung des Marchfeldes durch Bruch des Schönauer Rückstaudammes überhaupt erst jetzt bewusst wäre. Daher lägen für den Katastrophenfall noch keine Evakuierungspläne vor. Wäre bei der Verfassung der Ausschreibung die Kumulationswirkung dieser Gefährdungspotentiale mit der soeben eingetretenen Dammdurchfeuchtung bereits bekannt gewesen, so wäre gewiss ein beschleunigtes Verfahren gewählt worden. Eine wesentliche Verkürzung der Bauzeit sei technisch nur schwer

möglich, weil der Dammantrag und die Dichtwandherstellung Hand in Hand zu erfolgen hätten. Eine Verkürzung der Bauzeit hätte somit den Einsatz der doppelten Gerätschaft für die halbe Zeit zur Folge, wobei diese Spezialgeräte am Markt im Herbst in der erforderlichen Anzahl kaum bzw. nur zu unverhältnismäßig hohen Preisen zur Verfügung stünden. Eine budgetäre Bedeckung für die daraus resultierenden Mehrkosten wäre nicht zu erlangen.

Ein 100-jähriges Hochwasser würde den Damm überdies überströmen. Im August 2002 habe auf den durch Bilder belegten Stellen gerade noch ein Abstand von 13 cm bis zur Dammerstörung gefehlt. Weder die Verschärfung der Gesamtsituation noch die Verzögerungen des Naturschutzverfahrens lägen in der Sphäre des Auftraggebers. Sie seien ohne dessen Verschulden entstanden. Die Beschränkung der Arbeitszeit auf die Wintermonate sei eine Bescheidaufgabe. Das Vergabeverfahren sei unter Berücksichtigung der gegebenen Rahmenumstände so rasch wie möglich eingeleitet worden.

Als Behauptungs- und Bescheinigungsmittel verweist der Auftraggeber auf das Schreiben der D*** vom 8.8.2006 und die diesem beiliegenden Pläne und Fotos. In Pkt. 4) dieses Schreibens wird unter "4) Verzögerungen infolge des Naturschutzverfahrens" insbesondere ausgeführt, dass der Wasserrechtsbescheid für die Sanierung und Aufhöhung des Hafenumschließungsdamms nach kurzer Zeit von der obersten Wasserrechtsbehörde am 30. Mai 2005 erteilt worden sei. Der naturschutzrechtliche Bescheid sei trotz zeitgleicher Einreichung infolge zahlreicher Einsprüche der Nationalpark Donau-Auen GmbH um mehrere Monate verzögert und erst am 13. Oktober 2005 erlassen worden. Die darin enthaltenen Auflagen, seien noch im Ausschreibungsprojekt zu berücksichtigen gewesen. Eine der Auflagen schränke die Arbeitszeit auf die Wintermonate ein, andere ebenfalls noch im Ausschreibungsprojekt zu berücksichtigende Auflagen hätten den möglichen Baubeginn bis Jänner/Februar 2006 verzögert. Die für die Arbeiten im Nationalpark verbleibende Zeit wäre somit viel zu kurz gewesen, um noch sinnvolle Tätigkeiten durchführen zu können. Daher sei beschlossen worden, in den verbleibenden Wintermonaten, die notwendigen Baumfällungen durchzuführen und die Bauarbeiten erst mit August/September 2006 zu beginnen. Dies ermögliche eine durchgehende Bauzeit und erspare einen Sommer mit langen (und teuren) Stillstandszeiten. Eine weitere Verzögerung würde entweder eine Verschiebung um ein weiteres Jahr oder zusätzliche Kosten für die zu erwartenden Stillstandszeiten im Sommer 2008 bedeuten.

Zum Angebot der Antragstellerin führte der Auftraggeber insbesondere aus, dass dieses eine Reihe von unbehebaren wesentlichen Mängeln aufweise, die das Ausscheiden dieses Angebotes erfordern würden, sodass der Antragstellerin keine Antragslegitimation zukomme.

Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß Pkt. 2.3.1 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen formwidrig. Es sei das Angebot auf Datenträger abgegeben worden, die Antragstellerin habe jedoch kein ausgefülltes und ausgepreistes, also vom Auftraggeber stammendes Leistungsverzeichnis, sondern ein von ihr selbst frei formuliertes Leistungsverzeichnis vorgelegt. Die formalen Abweichungen des Angebotes der Antragstellerin von den Ausschreibungsbestimmungen seien wesentlich, da jetzt der gesamte vom Auftraggeber stammende Text mit dem Ausschreibungstext verglichen werden müsse, was neben dem beherrschbaren Mehraufwand auch das Risiko des Übersehens eines wesentlichen Punktes mit sich bringe und so in den Wettbewerb eingreife. Weiters könne der Inhalt des Angebotes der Antragstellerin (Bauleistung in technischer und bauzeitlicher Hinsicht) infolge Fehlens des technischen Berichtes über die Herstellung der Dichtwand, welcher verbindlich dem Angebot beizulegen gewesen sei, nicht entnommen werden. Die Antragstellerin habe den Bauzeitplan abweichend von der ausschreibungsgemäßen Bauzeit und auch entgegen den Auflagen des naturschutzrechtlichen Bescheides angeboten. Insbesondere seien Bauarbeiten vor dem möglichen Zuschlag objektiv unmöglich. Damit liege somit nicht nur ein rechtliches Alternativangebot vor - Alternativ- und Abänderungsangebote seien nach Pkt. 2.8. der Allg. Vertragsbestimmungen unzulässig - sondern auch kein zuschlagsfähiges Hauptangebot, das Voraussetzung für eine Alternative wäre.

Weiters wies der Auftraggeber darauf hin, dass für einen Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin, das um EUR 585.804,46 (ca. 9 %) teurer sei, die budgetäre Deckung fehle, sodass, wäre die Antragstellerin mit ihrem Antrag erfolgreich, die Ausschreibung widerrufen werden müsse. In weiterer Folge müssten die der unmittelbaren Gefahrenabwehr dienenden Arbeiten herausgeschält und in einem beschleunigten Verfahren, unter entsprechender Gewichtung einer möglichst kurzen Bauzeit und damit an Bieter mit außerordentlich hoher Leistungsfähigkeit besonders auf maschinelltem Gebiet, vergeben werden. Da das Angebot der Antragstellerin für diesen Zuschlag von vornherein nicht in Betracht käme, sei keine eingehende Prüfung des Angebotes iSv § 123 Abs. 3 BVergG 2006 erfolgt, sodass die Ausscheidenstatbestände nicht aufgedeckt und mit der Antragstellerin noch keine Aufklärungsgespräche

und Erörterungen im Sinne des § 127 BVergG 2006 geführt worden seien. Weiters wies der Auftraggeber darauf hin, dass für einen Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin, das um EUR 585.804,46 (ca. 9 %) teurer sei, die budgetäre Deckung fehle, sodass, wäre die Antragstellerin mit ihrem Antrag erfolgreich, die Ausschreibung widerrufen werden müsse. In weiterer Folge müssten die der unmittelbaren Gefahrenabwehr dienenden Arbeiten herausgeschält und in einem beschleunigten Verfahren, unter entsprechender Gewichtung einer möglichst kurzen Bauzeit und damit an Bieter mit außerordentlich hoher Leistungsfähigkeit besonders auf maschinellem Gebiet, vergeben werden. Da das Angebot der Antragstellerin für diesen Zuschlag von vornherein nicht in Betracht käme, sei keine eingehende Prüfung des Angebotes iSv Paragraph 123, Absatz 3, BVergG 2006 erfolgt, sodass die Ausscheidenstatbestände nicht aufgedeckt und mit der Antragstellerin noch keine Aufklärungsgespräche und Erörterungen im Sinne des Paragraph 127, BVergG 2006 geführt worden seien.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung; römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Die DHK Donau Hochwasserschutz-Konkurrenz ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG 2006 zu verstehen. Der Auftrag wird in Form eines offenen Verfahrens vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Angaben des Auftraggebers Euro 4.417.269,75 exkl. Ust.. Der Auftrag ist somit dem Unterschwellenbereich zuzuordnen (vgl. Schwellenwertverordnung 2006, BGBl. II, Nr. 193/2006). Die DHK Donau Hochwasserschutz-Konkurrenz ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG 2006 zu verstehen. Der Auftrag wird in Form eines offenen Verfahrens vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt nach Angaben des Auftraggebers Euro 4.417.269,75 exkl. Ust.. Der Auftrag ist somit dem Unterschwellenbereich zuzuordnen vergleiche Schwellenwertverordnung 2006, Bundesgesetzblatt römisch zwei, Nr. 193 aus 2006,).

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Vergabeverfahren noch kein Zuschlag erteilt und das Verfahren noch nicht widerrufen.

Da seitens des Auftraggebers die Vergabe des Auftrages an die in der Zuschlagsentscheidung vom 31.7.2006 genannte präsumtive Zuschlagsempfängerin geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Von einem im § 328 Abs. 1 BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg.cit ist nicht auszugehen. Besonders verwundert das Vorbringen des Auftraggebers zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im Hinblick auf die Bestimmungen des BVergG 2006 (§ 129f.), wonach der Auftraggeber Angebote bereits vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auszuschneiden hat. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 leg.cit. Von einem im Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg.cit ist nicht auszugehen. Besonders verwundert das Vorbringen des Auftraggebers zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im Hinblick auf die Bestimmungen des BVergG 2006 (Paragraph 129 f.), wonach der Auftraggeber Angebote bereits vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auszuschneiden hat. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg.cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht und ist daher e contrario gemäß § 328 Abs. 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig (vgl. auch BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 10.4.2006, N/0017-BVA/04/2006-EV9; 12.4.2006, N/0021-BVA/14/2006-EV8). Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der

Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 eingebracht und ist daher e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG 2006 rechtzeitig vergleiche auch BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8; 10.4.2006, N/0017-BVA/04/2006-EV9; 12.4.2006, N/0021-BVA/14/2006-EV8). Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs.1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG 2006 hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen einander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg.cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

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

Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Zum Vorbringen des Auftraggebers, es handle sich um einen offenkundig aussichtslosen und unbegründeten Antrag wird festgestellt, dass die Klärung der Frage der rechtsverbindlichen Zeichnung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein wird, da noch weitere, bereits in die Wege geleitete Ermittlungshandlungen erforderlich sind, deren Abschluss im Rahmen des Provisorialverfahrens, infolge der kurzen, nur maximal einwöchigen Entscheidungsfrist nicht möglich ist.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers bilden potentielle Erfolgsaussichten der Antragstellerin im Hauptverfahren keinen Gegenstand des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Das Gesetz bietet keinerlei Anhaltspunkt für deren Einbeziehung in die Interessenabwägung (vgl. BVA 12.9.2003, 14N- 89/03-14 zum vergleichbaren § 171 Abs. 3 BVergG 2002). Entgegen der Ansicht des Auftraggebers bilden potentielle Erfolgsaussichten der Antragstellerin im Hauptverfahren keinen Gegenstand des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Das Gesetz bietet keinerlei Anhaltspunkt für deren Einbeziehung in die Interessenabwägung vergleiche BVA 12.9.2003, 14N- 89/03-14 zum vergleichbaren Paragraph 171, Absatz 3, BVergG 2002).

Die Ausführungen des Auftraggebers, es bestehe ein überwiegendes und außerordentliches öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, da ein Katastrophenereignis mit schweren Schäden an Leib und Leben infolge der nicht ausreichenden Dammhöhe des Hafenumschließungsdammes und der beeinträchtigten Standsicherheit durch Wasserwegigkeit der Sickerwässer jederzeit eintreten könne, vermögen nicht zu überzeugen. Die abstrakte Gefährdung der im Überflutungsgebiet wohnhaften Bevölkerung insbesondere durch ein sog. 100-jähriges Hochwasser war dem Auftraggeber zumindest seit dem Hochwassergeschehen 2002 bekannt. Trotz Kenntnis dieser Umstände betreffend die Beschaffenheit des Hafenumschließungsdammes erfolgte die verfahrensgegenständliche Ausschreibung nicht umgehend, nach Vorliegen der erforderlichen wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Genehmigungen, im Oktober 2005, sondern vielmehr erst ca. 8 Monate später, im Mai 2006. Selbst bei Berücksichtigung der in den wasser- und naturschutzrechtlichen Bescheiden vorgesehenen behördlichen Auflagen im Ausschreibungsprojekt, wäre ein Baubeginn auch nach eigenen Angaben des Auftraggebers - zwar verzögert - jedoch noch im Jänner/Februar 2006 möglich gewesen. Dass der Beginn und die tatsächliche Durchführung der Arbeiten vor Ort, dem Auftraggeber infolge der auf die Wintermonate eingeschränkten Arbeitszeit wenig sinnvoll erschien und er daher den Ausführungszeitraum der Bauarbeiten mit August/September 2006 beschloss, ändert nichts daran, dass der Auftraggeber offensichtlich spätestens zur Jahreswende 2005/2006 über alle Informationen für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung verfügte und ihm somit auch eine rechtzeitige Ausschreibung möglich gewesen wäre. Die Ausführungen des Auftraggebers, es bestehe ein überwiegendes und außerordentliches öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, da ein Katastrophenereignis mit schweren Schäden an Leib und Leben infolge der nicht ausreichenden Dammhöhe des Hafenumschließungsdammes und der beeinträchtigten Standsicherheit durch Wasserwegigkeit der Sickerwässer jederzeit eintreten könne, vermögen nicht zu überzeugen. Die abstrakte Gefährdung der im Überflutungsgebiet wohnhaften Bevölkerung insbesondere durch ein sog. 100-jähriges Hochwasser war dem Auftraggeber zumindest seit dem Hochwassergeschehen 2002 bekannt. Trotz Kenntnis dieser Umstände betreffend die Beschaffenheit des Hafenumschließungsdammes erfolgte die verfahrensgegenständliche Ausschreibung nicht umgehend, nach Vorliegen der erforderlichen wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Genehmigungen, im Oktober 2005, sondern vielmehr erst ca. 8 Monate später, im Mai 2006. Selbst bei Berücksichtigung der in den wasser- und naturschutzrechtlichen Bescheiden vorgesehenen behördlichen Auflagen im Ausschreibungsprojekt, wäre ein Baubeginn auch nach eigenen Angaben des Auftraggebers - zwar verzögert - jedoch noch im Jänner/Februar 2006 möglich gewesen. Dass der Beginn und die tatsächliche Durchführung der Arbeiten vor Ort, dem Auftraggeber infolge der auf die Wintermonate eingeschränkten Arbeitszeit wenig sinnvoll erschien und er daher den Ausführungszeitraum der Bauarbeiten mit August/September 2006 beschloss, ändert nichts daran, dass der Auftraggeber offensichtlich spätestens zur Jahreswende 2005 aus 2006, über alle Informationen für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung verfügte und ihm somit auch eine rechtzeitige Ausschreibung möglich gewesen wäre.

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (vgl. VfGH 1.8.2002,

B 1194/02; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006- EV8; 17.3.2006, N/001-BVA/02/2006-EV55 u.v.a.). Eine Interessenabwägung, welche der durch die verzögerte Ausschreibung und die mit der Verzögerung der Bauarbeiten möglicherweise verbundene potenziellen Erhöhung der Gefährdung der im Überflutungsflächen wohnenden Bevölkerung, den Vorzug geben würde, würde im Ergebnis dazu führen, dass Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Vergabeverfahren mit dem Gegenstand "Hochwasserschutz" regelmäßig abzuweisen wären. Eine solche restriktive Handhabung zu Lasten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin ist auch angesichts der obigen Ausführungen nicht vertretbar (vgl. ua. BVA 16.4.2003, 12N-32/03-6). Um den erforderlichen zeitlichen Spielraum für die Abwicklung möglicher Rechtsschutzverfahren zu schaffen, wäre die Ausschreibung dieses Projektes bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Angriff zu nehmen gewesen. Nach ständiger Rechtsprechung hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006- EV8; 17.3.2006, N/001-BVA/02/2006-EV55 u.v.a.). Eine Interessenabwägung, welche der durch die verzögerte Ausschreibung und die mit der Verzögerung der Bauarbeiten möglicherweise verbundene potenziellen Erhöhung der Gefährdung der im Überflutungsflächen wohnenden Bevölkerung, den Vorzug geben würde, würde im Ergebnis dazu führen, dass Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in Vergabeverfahren mit dem Gegenstand "Hochwasserschutz" regelmäßig abzuweisen wären. Eine solche restriktive Handhabung zu Lasten der Rechtsschutz suchenden Antragstellerin ist auch angesichts der obigen Ausführungen nicht vertretbar vergleiche ua. BVA 16.4.2003, 12N-32/03-6). Um den erforderlichen zeitlichen Spielraum für die Abwicklung möglicher Rechtsschutzverfahren zu schaffen, wäre die Ausschreibung dieses Projektes bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Angriff zu nehmen gewesen.

Wenn der Auftraggeber darauf hinweist, dass sich die Bedrohungslage durch die Hochwässer der letzten Tage, die zu einer Wassersättigung des Dammes geführt hätten, weiter verschärft habe, ist zu bemerken, dass solche (gebietsweise teils intensiven) Niederschläge seit 2002 in den Sommermonaten vermehrt auftreten und somit ein mögliches größeres Gefährdungspotential für den Hafenumschließungsdamm für den Auftraggeber nicht erst jetzt aktuell erkennbar, sondern vielmehr schon seit Jahresbeginn 2006 vorhersehbar war. Trotzdem hat der Auftraggeber von der durchaus möglichen - wie er selbst zugesteht - Beschleunigung des Beschaffungsvorganges durch Wahl des entsprechenden Vergabeverfahrens unter Einbeziehung einer möglichst kurzen Bauzeit, zB bei der Festlegung und Gewichtung der Zuschlagskriterien, nicht Gebrauch gemacht. Die Behauptung, dass sich der Auftraggeber des Risikos einer Überflutung durch Bruch des Schönauer Rückstaudammes erst jetzt bewusst geworden wäre und es daher auch keine Evakuierungspläne für das betroffene Gebiet gäbe, steht überdies im Widerspruch zu den Darstellungen der D*** (vgl. Schreiben vom 8.8.2006, "Pkt. 3) Großräumige Überflutungen"), wonach die große Gefahr eines Dammbrechens des Hafenumschließungsdammes Lobau bereits mehrmals in der Öffentlichkeit vorgestellt worden sei und die Gebietsfeuerwehren bereits auf die Überflutung "von hinten herum" durch Bruch des Schönauer Rückstaudammes aufmerksam gemacht worden seien. Wenn der Auftraggeber darauf hinweist, dass sich die Bedrohungslage durch die Hochwässer der letzten Tage, die zu einer Wassersättigung des Dammes geführt hätten, weiter verschärft habe, ist zu bemerken, dass solche (gebietsweise teils intensiven) Niederschläge seit 2002 in den Sommermonaten vermehrt auftreten und somit ein mögliches größeres Gefährdungspotential für den Hafenumschließungsdamm für den Auftraggeber nicht erst jetzt aktuell erkennbar, sondern vielmehr schon seit Jahresbeginn 2006 vorhersehbar war. Trotzdem hat der Auftraggeber von der durchaus möglichen - wie er selbst zugesteht - Beschleunigung des Beschaffungsvorganges durch Wahl des entsprechenden Vergabeverfahrens unter Einbeziehung einer möglichst kurzen Bauzeit, zB bei der Festlegung und Gewichtung der Zuschlagskriterien, nicht Gebrauch gemacht. Die Behauptung, dass sich der Auftraggeber des Risikos einer Überflutung durch Bruch des Schönauer Rückstaudammes erst jetzt bewusst geworden wäre und es daher auch keine Evakuierungspläne für das betroffene Gebiet gäbe, steht überdies im Widerspruch zu den Darstellungen der D*** vergleiche Schreiben vom 8.8.2006, "Pkt. 3) Großräumige Überflutungen"), wonach die große Gefahr eines Dammbrechens des Hafenumschließungsdammes Lobau bereits mehrmals in der Öffentlichkeit vorgestellt worden sei und die Gebietsfeuerwehren bereits auf die Überflutung "von hinten herum" durch Bruch des Schönauer Rückstaudammes aufmerksam gemacht worden seien.

Zudem erscheint dem Bundesvergabeamt eine Verzögerung des gegenständlichen Vergabeverfahrens um maximal sechs Wochen bis Mitte September 2006 durchaus vertretbar, zumal sich der Ausführungszeitraum laut Ausschreibung über 21 Monate erstreckt und zB die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Beginn der ersten Bauphase mit 1.9.2006

anbietet.

Was die vom Auftraggeber ebenfalls angesprochenen erhöhten Kosten betrifft, sind diese vor dem Hintergrund der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht (vgl. VfGH 25.10.2002, B1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 02.08.2003, 07N-73/03-12; 12.12.2005, 04N-119/05-9 u.v.a.) und weiters unter dem Aspekt des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30), zu sehen. Was die vom Auftraggeber ebenfalls angesprochenen erhöhten Kosten betrifft, sind diese vor dem Hintergrund der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, wonach ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter besteht vergleiche VfGH 25.10.2002, B1369/01; BVA 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10, 02.08.2003, 07N-73/03-12; 12.12.2005, 04N-119/05-9 u.v.a.) und weiters unter dem Aspekt des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 13.2.2006, N/0003-BVA/03/2006-EV7; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30), zu sehen.

Interessen anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, die das vom Antragsteller geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, wurden weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag das Bundesvergabeamt, solche zu erkennen

Demnach war ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gegenüber den allfälligen besonderen öffentlichen Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens nicht gegeben. Viel mehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Zum Begehren, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu untersagen, ist anzumerken, dass gemäß § 326 BVergG 2006 über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers unverzüglich, spätestens 6 Wochen nach Einlagen des Antrages, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren sohin bis 18. September 2006 zu entscheiden ist. Sollte die Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Nachprüfungsverfahren bis zum genannten Datum nicht ergangen sein, hat das Bundesvergabeamt gemäß § 329 Abs 3 leg. cit. die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Es ist darauf zu achten, dass die Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung so gering wie möglich gehalten wird. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen und der weitergehende Antrag der Antragstellerin war daher abzuweisen. Zum Begehren, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur Entscheidung im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu untersagen, ist anzumerken, dass gemäß Paragraph 326, BVergG 2006 über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers unverzüglich, spätestens 6 Wochen nach Einlagen des Antrages, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren sohin bis 18. September 2006 zu entscheiden ist. Sollte die Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Nachprüfungsverfahren bis zum genannten Datum nicht ergangen sein, hat das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg. cit. die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Es ist darauf zu achten, dass die Verzögerung des Vergabeverfahrens durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung so gering wie möglich gehalten wird. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen und der weitergehende Antrag der Antragstellerin war daher abzuweisen.

Schlagworte

Einstweilige Verfügung;

Dokumentnummer

VERGT_20060811_N_0067_BVA_02_2006_EV12_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