

# TE Verg Bescheid 2013/9/9 N/0088-BVA/10/2013-EV12

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.09.2013

## Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3 idF 2010/I/15

BVergG 2006 §329 Abs4 idF 2010/I/15

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

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß § 306 Abs 1 BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Vergabeverfahren 'Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos' der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwalts GmbH eingeleitet über Antrag der A\*\*\* vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 30. August 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner, und zwar gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG, als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Vergabeverfahren 'Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos' der Auftraggeberin ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwalts GmbH eingeleitet über Antrag der A\*\*\* vertreten durch Y\*\*\* Rechtsanwälte auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 30. August 2013, wie folgt entschieden:

## Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gem §§ 328 ff BVergG erlassen, mit der der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren 'Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos' untersagt wird", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gem Paragraphen 328, ff BVergG erlassen, mit der der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren 'Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos' untersagt wird", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Vergabeverfahren 'Hauptbahnhof Salzburg/Stahldach Schallmoos'", den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG  
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG

## Begründung

### 1. 1.Ziffer eins

#### Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin stellte am 30. August 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, Ausnahme des eigenen Angebots von der Akteneinsicht, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Ersatz der Pauschalgebühr den Antrag auf Nichtigterklärung der Zuschlagsentscheidung. Nach Darstellung des Sachverhalts und formaler Voraussetzungen des Nachprüfungsantrags gab die Antragstellerin an, sich in ihren Rechten auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterer Wettbewerb und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Unterlassung einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Bieters, dessen Angebot auszuschneiden ist, in ihrem Recht auf Ausscheiden eines Angebotes eines Mitbewerbers, welches den Ausschreibungsbedingungen nicht entspricht und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als verletzt zu erachten. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gab sie im Wesentlichen an, dass damit der Zuschlag an einen Unternehmer vorgesehen sei, dem die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit fehle und der ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt habe. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 3 Mio. Die Jahresabschlüsse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wiesen Bilanzsummen von 2009 Euro 585.848,28, 2010 Euro 3.285.332,84, 2011 Euro 5.693.530,27 und 2012 Euro 2.453.475,82 auf. Das Projektrisiko solle bei einem Fünftel liegen und sei hier wesentlich höher. Es jedenfalls zu hoch, wenn der geschätzte Auftragswert den Jahresumsatz übersteige. Es fehle der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Ihr Angebot hätte ausgeschieden werden müssen. Das konkret durchzuführende Projekt weise zahlreiche technische Schwierigkeiten auf. So sei die Tragkonstruktion in Abschnitten und zunächst überhöht herzustellen und anschließend ebenfalls abschnittsweise auf die endgültige Lage abzusenken. Daraus ergäben sich komplexe Bau-Zwischenzustände, die nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen vom Auftragnehmer zu planen und zu berechnen seien und bei denen die geometrische Lage der Teil-Tragwerke von der endgültigen Lage abwichen. Dementsprechend erfordere die Herstellung dieses Bauwerks abgesehen von der dafür notwendigen Erfahrung in der Planung und Berechnung bereits bei der Fertigung im Werk und noch viel mehr beim Zusammenbau und beim (umfangreichen) Zusammenschweißen der einzelnen Bauteile auf der Baustelle besondere Präzision und die Einhaltung engster Toleranzen. Ein Referenzprojekt sei mit der ausgeschriebenen Dachkonstruktion daher erst dann vergleichbar, wenn es ähnliche technische Schwierigkeiten und außerdem ein vergleichbares Auftragsvolumen von ca Euro 3 Mio aufgewiesen habe. Zusätzlich habe das Projekt im Nahbereich von Gleisanlagen erbracht worden sein müssen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe kein derartiges Projekt ausgeführt. Es sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen Personalmangels nicht möglich, das ausgeschriebene Projekt in der dafür vorgesehenen Zeit auszuführen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei auch wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. In den Ausschreibungsunterlagen sei die Geltung der EN 1090 Teil 2 und damit der darin verwiesenen EN ISO 3834-2 festgelegt. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehlten die gültige Zertifizierung und die werkseigene Produktionskontrolle. Das Angebot sei daher ausschreibungswidrig und auszuschneiden. Da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin

auszuscheiden sei, sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig. Die Antragstellerin stellte am 30. August 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren und Anträgen auf Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVerfGG, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG, Ausnahme des eigenen Angebots von der Akteneinsicht, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Ersatz der Pauschalgebühr den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Nach Darstellung des Sachverhalts und formaler Voraussetzungen des Nachprüfungsantrags gab die Antragstellerin an, sich in ihren Rechten auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Unterlassung einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Bieters, dessen Angebot auszuscheiden ist, in ihrem Recht auf Ausscheiden eines Angebotes eines Mitbewerbers, welches den Ausschreibungsbedingungen nicht entspricht und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages als verletzt zu erachten. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung gab sie im Wesentlichen an, dass damit der Zuschlag an einen Unternehmer vorgesehen sei, dem die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit fehle und der ein den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot gelegt habe. Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 3 Mio. Die Jahresabschlüsse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wiesen Bilanzsummen von 2009 Euro 585.848,28, 2010 Euro 3.285.332,84, 2011 Euro 5.693.530,27 und 2012 Euro 2.453.475,82 auf. Das Projektrisiko solle bei einem Fünftel liegen und sei hier wesentlich höher. Es jedenfalls zu hoch, wenn der geschätzte Auftragswert den Jahresumsatz übersteige. Es fehle der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Ihr Angebot hätte ausgeschieden werden müssen. Das konkret durchzuführende Projekt weise zahlreiche technische Schwierigkeiten auf. So sei die Tragkonstruktion in Abschnitten und zunächst überhöht herzustellen und anschließend ebenfalls abschnittsweise auf die endgültige Lage abzusenken. Daraus ergäben sich komplexe Bau-Zwischenzustände, die nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen vom Auftragnehmer zu planen und zu berechnen seien und bei denen die geometrische Lage der Teil-Tragwerke von der endgültigen Lage abwichen. Dementsprechend erfordere die Herstellung dieses Bauwerks abgesehen von der dafür notwendigen Erfahrung in der Planung und Berechnung bereits bei der Fertigung im Werk und noch viel mehr beim Zusammenbau und beim (umfangreichen) Zusammenschweißen der einzelnen Bauteile auf der Baustelle besondere Präzision und die Einhaltung engster Toleranzen. Ein Referenzprojekt sei mit der ausgeschriebenen Dachkonstruktion daher erst dann vergleichbar, wenn es ähnliche technische Schwierigkeiten und außerdem ein vergleichbares Auftragsvolumen von ca Euro 3 Mio aufgewiesen habe. Zusätzlich habe das Projekt im Nahbereich von Gleisanlagen erbracht worden sein müssen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe kein derartiges Projekt ausgeführt. Es sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wegen Personalmangels nicht möglich, das ausgeschriebene Projekt in der dafür vorgesehenen Zeit auszuführen. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei auch wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen. In den Ausschreibungsunterlagen sei die Geltung der EN 1090 Teil 2 und damit der darin verwiesenen EN ISO 3834-2 festgelegt. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehlten die gültige Zertifizierung und die werkseigene Produktionskontrolle. Das Angebot sei daher ausschreibungswidrig und auszuscheiden. Da das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin auszuscheiden sei, sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Auftraggeberin den Zuschlag erteilen könne. Aus diesem Grund begehre die Antragstellerin als einstweilige Maßnahme die Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Die diesbezügliche einstweilige Verfügung sei unbedingt erforderlich, um die Rechte der Antragstellerin zu schützen und den Eintritt des ihr drohenden Schadens zu verhindern. Ohne die beantragte Erlassung der einstweiligen Verfügung würde die Antragstellerin endgültig vor vollendete Tatsachen gestellt werden. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stünden keine berücksichtigungswürdigen Interessen der sonstigen Bieter oder der Antragsgegnerin sowie kein allfälliges besonderes öffentliches Interesse entgegen. Insbesondere liege nach der Judikatur des VfGH in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse. Auch sei zu berücksichtigen, dass im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen sei. Der Auftraggeber habe bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen. Bei der beantragten Untersagung der Zuschlagserteilung handle es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige

Maßnahme, weil die Rechtsposition der Antragstellerin nur dann gewahrt sei, wenn nach der Entscheidung des BVA das Angebot der Antragstellerin einer neuerlichen, rechtmäßigen Bewertung unterzogen würde. Es werde auf die Ausführungen im Nachprüfungsantrag verwiesen.

Am 4. September 2013 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 4. September 2013 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass bereits ein Verfahren zur Vergabe des gegenständlichen Auftrags wegen zu geringer Beteiligung von Unternehmen und überhöhter Angebotspreise widerrufen haben werden müssen. Dadurch seien die Zeitpläne für das auch mit der Stadt Salzburg abgestimmte Bauvorhaben nicht zu halten und Projektteile inner- und außerhalb des Bahnhofs haben bisher nicht errichtet werden können. Eine weitere Verzögerung der Ausführung des Ausschreibungsgegenstandes führe zu einer weiteren, nicht mehr verkraftbaren Verzögerung.

Am 4. September 2013 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung.

Am 6. September 2013 erhob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen, in denen sie die Abweisung des Nachprüfungsantrags begehrt. Begründend führt sie darin im Wesentlichen an, dass sie für die Durchführung des Auftrags geeignet sei. Sie legte den gesamten Schriftverkehr mit der Auftraggeberin bei.

#### 1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft baut den Hauptbahnhof Salzburg um. Im Zuge dieses Umbaus errichtet sie ein Stahldach im Bereich des Aufgangs auf der Seite Sehallmoos. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Es handelt sich um einen Bauauftrag mit dem CPV-Code 45230000 - Bauarbeiten für Rohrleitungen, Fernmelde- und Stromleitungen, für Autobahnen, Straßen, Flugplätze und Eisenbahnen;

Nivellierungsarbeiten im Oberschwellenbereich, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Die Veröffentlichung der Ausschreibung erfolgte am 24. April 2013 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2013/S 080-135193, und am 23. April 2013 in der Online-Ausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers zur Zahl L-526455-3422, beide abgesendet am 22. April 2013. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge endete am 13. Mai 2013. Nach Prüfung der Teilnahmeantragsunterlagen lud die Auftraggeberin sechs Unternehmen zur Legung eines Angebotes ein. Die Frist zur Abgabe der Erstangebote endete am 25. Juni 2013. An diesem Tag wurden die Angebote geöffnet. Am 3. Juli 2013 führte die Auftraggeberin ein Short-Listing auf drei Bieter durch. Die Auftraggeberin schied kein Angebot aus. Die Zuschlagsentscheidung wurde den verbliebenen Bietern am 23. August 2013 übermittelt. (Auskünfte der Auftraggeberin)

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

Die Antragstellerin bezahlte Euro 4.500 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

#### 1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

##### 3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die ÖBB Infrastruktur AG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (BVA 15. 12. 2011, N/0114-BVA/12/2011-12; 22. 6. 2012, N/0053-BVA/08/2012-93). Sie übt eine Sektorentätigkeit gemäß § 169 Abs 1 BVergG 2006, nämlich den Betrieb von Verkehrsnetzen auf der Schiene, aus (BVA 7. 10. 2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10). Sie ist daher Sektorenauftraggeberin gemäß § 164 BVergG 2006 (BVA 6. 7. 2012, N/0068-BVA/09/2012-EV7). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß

§ 174 iVm § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die ÖBB Infrastruktur AG. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (BVA 15. 12. 2011, N/0114-BVA/12/2011-12; 22. 6. 2012, N/0053-BVA/08/2012-93). Sie übt eine Sektorentätigkeit gemäß Paragraph 169, Absatz eins, BVergG 2006, nämlich den Betrieb von Verkehrsnetzen auf der Schiene, aus (BVA 7. 10. 2011, N/0097-BVA/09/2011-EV10). Sie ist daher Sektorenauftraggeberin gemäß Paragraph 164, BVergG 2006 (BVA 6. 7. 2012, N/0068-BVA/09/2012-EV7). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 174, in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

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

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

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

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

### 3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

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

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

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

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

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

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B\*\*\* beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten des Auftraggebers die Vergabe an die B\*\*\* beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Die Interessen der Antragstellerin bestehen in der Abwendung des drohenden Schadens, im Erhalt des Auftrags und der Erlassung der dazu notwendigen vorläufigen Maßnahmen.

Der Auftraggeber macht eine besondere Dringlichkeit wegen der zweiten Ausschreibung über denselben

Ausschreibungsgegenstand und die dadurch bereits eingetretene Verzögerung bei der Ausführung des Gesamtvorhabens geltend.

Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß § 329 Abs 1 BVerGG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12). Bei der Interessenabwägung ist schließlich auf die allgemeinen Interessen und Grundsätze Rücksicht zu nehmen, dass der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bei seiner zeitlichen Planung des Beschaffungsvorganges die Dauer eines allfälligen Rechtsschutzverfahrens mit einzukalkulieren hat (siehe zB BVA 14. 5. 2010, N/0038-BVA/10/2010-EV19), dass das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen ist (grundlegend VfGH 1. 8. 2002, B 1194/02) und schließlich dass gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVerGG von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann abzusehen ist, wenn die Interessenabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen ergibt (zB BVA 5. 2. 2010, N/0007-BVA/10/2010-EV12).

Trotz der unbestrittenen höheren Dringlichkeit als bei der ersten Ausschreibung bei diesem Leistungsgegenstand ist der Antragstellerin zuzubilligen, dass sie auch nun ein Interesse am Erhalt des Auftrags hat. Bei Zutreffen ihrer Behauptungen müsste sie den Auftrag erhalten. Der Auftraggeberin ist zuzumuten, dass sie die Zeit eines zügig geführten Nachprüfungsverfahrens abwartet.

Stellt man daher im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen sowie den Interessen des Auftraggebers gegenüber, ergibt sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen ist. Dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich der Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und einer Auftragserteilung an die allenfalls obsiegende Antragstellerin ist durch eine entsprechende Maßnahme Genüge zu leisten.

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

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup> [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 329 Abs 4 BVerGG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054). Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup> [2008], Paragraph 391, Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Paragraph 329, Absatz 4, BVerGG verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige

Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Der Auftraggeber ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (zB BVA 9. 9. 2011, N/0084-BVA/10/2011-EV14; siehe auch VwGH 10. 12. 2007, AW 2007/04/0054).

**Schlagworte**

einstweilige Verfügung;

**Zuletzt aktualisiert am**

22.11.2013

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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