

TE Verg Bescheid 2013/7/4 N/0071-BVA/04/2013-EV11

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.07.2013

Norm

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

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 gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H, Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28. Juni 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 04, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von

Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H, Schloßstraße 47, 1130 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28.Juni 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf vorübergehende Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Dem in eventu gestellten Antrag auf Aussetzung der Frist zur Teilnahmeantragsabgabe bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Nachprüfungsantrag wird stattgegeben.

Die Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" ausgesetzt.

Begründung

Die europa- und österreichweit ausgeschriebene "Rahmenvereinbarung für die Erbringung von Sicherheitsdienstleistungen im Schloss Schönbrunn und den dazu gehörigen Baulichkeiten und Grundflächen" (nicht prioritäre Dienstleistung) für 5 Jahre mit einer zweimaligen Option auf eine einjährige Verlängerung mit einem einzigen Teilnehmer soll in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt werden. Der Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde mit 8.7.2013, 13:00 Uhr, festgelegt. Die fünf besten Bewerber sollen zur Angebotslegung eingeladen werden. Es ergingen dazu bisher mehrere Fragebeantwortungen und zwei Berichtigungen.

Die Sicherheitsdienstleistungen werden derzeit vom A*** (in der Folge Antragsteller) erbracht.

Mit Schriftsatz vom 28.6.2013 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere der Teilnahmebedingungen, in eventu einzelner Bestimmungen. In Verbindung damit wurden ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren mit weiteren Eventualbegehren, sowie Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühr und Durchführung einer mündlichen Verhandlung eingebracht.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass zahlreiche Vertragsbestimmungen unzulässig bzw. unklar seien. Dadurch werde der Antragsteller diskriminiert.

Intransparent sei die Bestimmung in Punkt 1.6 letzter Absatz der Ausschreibungsunterlagen (Geheimhaltungspflicht) zur Berechtigung des Auftraggebers, die Angebotsdaten für interne Zwecke zu verwenden. Offenbar diene die Verwendung der Angebotsdaten anderen Zielen als der Angebotsbeurteilung. Der Bewerber habe ein legitimes Interesse an der vertraulichen Behandlung seiner Angebotsdaten bzw. daran, dass bereits zum Zeitpunkt der Teilnahmeantragsabgabe die Möglichkeit offen stünde, die Verwendung seiner Daten für "interne Zwecke" ohne Auswirkung auf die Beurteilung seines Teilnahmeantrages zu untersagen. Diese Möglichkeit erst zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe einzuräumen, sei unsachlich und vergaberechtswidrig.

Intransparent sei auch die Bestimmung in Punkt 2.5., 3. Absatz der Ausschreibungsunterlagen (Unterlagen, Erklärungen zum Teilnahmeantrag). Der Antragsteller habe ein legitimes Interesse an der Wahrung seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und am Schutz seiner Immaterialgüter. Die Art der Verwertung der dem Teilnahmeantrag beigelegten bzw. nachgeforderten Unterlagen durch den Auftraggeber sei unklar. Ebenso gehe nicht hervor, ob das "Verwertungsrecht" (2.5.) dem "Verwendungsrecht" (1.6) vorgehe und ob mit der Untersagung der Verwendung auch eine Untersagung der Verwertung einhergehe.

Zur im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen (Zuverlässigkeit) für alle für den Auftrag eingesetzten Mitarbeiter vorgesehenen Vorlage einer "positiven Zuverlässigkeitsprüfung" gemäß § 130 Abs. 8 ff GewO 1994 werde darauf hingewiesen, dass eine solche in der zitierten Bestimmung der GewO 1994 nicht vorgesehen sei. Die GewO 1994 kenne lediglich eine "negative Zuverlässigkeitsprüfung" vor Dienstantritt eines Dienstnehmers. Ein Dienstgeber könne von der Zuverlässigkeit seines Dienstnehmers ausgehen, solange von der Behörde keine entsprechende negative Mitteilung

vorliege (§ 130 Abs. 10 leg cit) und im Rahmen der Bewerbung ein Strafregisterauszug ohne Verurteilung vom Stellenbewerber vorgelegt worden sei. Eine wiederkehrende Zuverlässigkeitsprüfung sei gesetzlich nicht vorgesehen. Der Dienstgeber könne auch gemäß den §§ 10ff Strafregistergesetz 1968 keine Strafregisterauszüge für seine Dienstnehmer einholen. Eine Eigenerklärung gemäß § 70 Abs. 2 BVergG könne nur abgegeben werden, wenn ein diesbezüglicher Nachweis auf Aufforderung unverzüglich beigebracht werden könne. Abgesehen von der faktischen und rechtlichen Unmöglichkeit eines solchen Nachweises über die Zuverlässigkeit der Dienstnehmer gemäß § 130 Abs. 8 ff GewO 1994 könne eine unrichtige Eigenerklärung des Bieters den Tatbestand der falschen Auskunftserteilung zur Eignung gemäß § 68 Abs. 1 Z Z BVergG bzw. jenen der schweren beruflichen Verfehlung gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG erfüllen. Aufgrund der Rechtswidrigkeit der genannten Bestimmung im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung sei die entsprechende Bestimmung für nichtig zu erklären. Zur im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen (Zuverlässigkeit) für alle für den Auftrag eingesetzten Mitarbeiter vorgesehenen Vorlage einer "positiven Zuverlässigkeitsprüfung" gemäß Paragraph 130, Absatz 8, ff GewO 1994 werde darauf hingewiesen, dass eine solche in der zitierten Bestimmung der GewO 1994 nicht vorgesehen sei. Die GewO 1994 kenne lediglich eine "negative Zuverlässigkeitsprüfung" vor Dienstantritt eines Dienstnehmers. Ein Dienstgeber könne von der Zuverlässigkeit seines Dienstnehmers ausgehen, solange von der Behörde keine entsprechende negative Mitteilung vorliege (Paragraph 130, Absatz 10, leg cit) und im Rahmen der Bewerbung ein Strafregisterauszug ohne Verurteilung vom Stellenbewerber vorgelegt worden sei. Eine wiederkehrende Zuverlässigkeitsprüfung sei gesetzlich nicht vorgesehen. Der Dienstgeber könne auch gemäß den Paragraphen 10 f, f, Strafregistergesetz 1968 keine Strafregisterauszüge für seine Dienstnehmer einholen. Eine Eigenerklärung gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG könne nur abgegeben werden, wenn ein diesbezüglicher Nachweis auf Aufforderung unverzüglich beigebracht werden könne. Abgesehen von der faktischen und rechtlichen Unmöglichkeit eines solchen Nachweises über die Zuverlässigkeit der Dienstnehmer gemäß Paragraph 130, Absatz 8, ff GewO 1994 könne eine unrichtige Eigenerklärung des Bieters den Tatbestand der falschen Auskunftserteilung zur Eignung gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Z Z BVergG bzw. jenen der schweren beruflichen Verfehlung gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG erfüllen. Aufgrund der Rechtswidrigkeit der genannten Bestimmung im Punkt 4.3.3. der Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung sei die entsprechende Bestimmung für nichtig zu erklären.

Mit der 1. Berichtigung sei auch die Regelung des Punktes 4.4. der Ausschreibungsunterlagen (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) nicht bereinigt worden. Unklar sei, welcher Auftragsinhalt mit dem gegenständlichen Auftrag gleichwertig sei. Da in Punkt 4.4. Unterabsatz 3 der Ausschreibungsunterlagen die im 1. Unterabsatz des Punktes

4.4. vorgesehene Beschränkung auf den vergleichbaren Auftragsinhalt fehle, stünden die genannten Bestimmungen im Widerspruch.

Die gemäß Punkt 4.5.2. der Ausschreibungsunterlagen (Personalausstattung) zu erbringende Sozialversicherungsbestätigung (bestimmter Zeitraum, aktuelle Wochenstundenzahl und Verwendungsgruppe des Dienstnehmers für die Jahre 2010, 2011 und 2012) gebe es nicht. Da sie nicht erbracht werden könne, könne auch keine diesbezügliche Eigenerklärung abgegeben werden. Vielmehr könne - wie oben aufgezeigt - dieser Umstand zum Ausschluss des Bieters gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 bzw. 7 BVergG führen. Zudem könne mit anonymisierten Mitarbeiterdaten weder die Richtigkeit der Mitarbeiteranzahl noch der -daten bewiesen werden. Neben der genannten Bestimmung sei auch die Fragebeantwortung 8 vom 24.6.1013 vergaberechtswidrig. Die gemäß Punkt 4.5.2. der Ausschreibungsunterlagen (Personalausstattung) zu erbringende Sozialversicherungsbestätigung (bestimmter Zeitraum, aktuelle Wochenstundenzahl und Verwendungsgruppe des Dienstnehmers für die Jahre 2010, 2011 und 2012) gebe es nicht. Da sie nicht erbracht werden könne, könne auch keine diesbezügliche Eigenerklärung abgegeben werden. Vielmehr könne - wie oben aufgezeigt - dieser Umstand zum Ausschluss des Bieters gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, bzw. 7 BVergG führen. Zudem könne mit anonymisierten Mitarbeiterdaten weder die Richtigkeit der Mitarbeiteranzahl noch der -daten bewiesen werden. Neben der genannten Bestimmung sei auch die Fragebeantwortung 8 vom 24.6.1013 vergaberechtswidrig.

Andere als in § 75 Abs. 7 BVergG vorgesehene Nachweise dürften vom Auftraggeber für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht - wie im Punkt 4.5.3 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen (Vollzeitbeschäftigung von 80% der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Erstellung des Teilnahmeantrages) - verlangt werden. Es sei auch unzulässig, über § 75 Abs. 7 Z 5 BVergG hinausgehend Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung nicht

nur vom Unternehmer und von für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Führungskräften, sondern auch für sonstige Mitarbeiter zu verlangen. Angesichts eines Auftrages, bei dem voraussichtlich 8 Mitarbeiter zum Einsatz gelangen würden, stehe die Forderung im Punkt 4.5.3. der Ausschreibungsunterlagen nach einem Ausbildungsnachweis von 80 % sämtlicher Mitarbeiter bei Unternehmen mit über 15 Mitarbeitern in keinem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Unsachlich sei auch der gemäß Punkt 4.5.3.1. der Ausschreibungsunterlagen (Basisausbildung) verlangte allgemeine Ausbildungsstand. Bei der Basisausbildung werde auf das ÖSZ-zertifizierte Basistraining - Bewachungsdienst oder eine gleichwertige Basisausbildung abgestellt. Eine solche könne nicht von Bewachungsunternehmen, die nicht dem VSÖ-Verband der Sicherheitsunternehmen Österreichs angehören würden, bzw. die nicht bereits ÖSZ-zertifiziert seien, erbracht werden. Eine zertifizierte "gleichwertige Basisausbildung" existiere nicht. Damit reduziere sich der Bewerberkreis auf vier Unternehmen (B***, C***, D*** und E***). Da sämtliche andere Bewachungsunternehmen ausgeschlossen seien, handle es sich um eine unsachliche, wettbewerbsbeschränkende Bestimmung. Auch wenn der Inhalt der Basisausbildung aufgelistet werde, seien weder die Ausbildungsdauer bzw. die auf die Themengebiete entfallende Stundendauer, noch die vorzutragenden Themen näher konkretisiert. Andere als in Paragraph 75, Absatz 7, BVergG vorgesehene Nachweise dürften vom Auftraggeber für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht - wie im Punkt 4.5.3 der Ausschreibungsunterlagen vorgesehen (Vollzeitbeschäftigung von 80% der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Erstellung des Teilnahmeantrages) - verlangt werden. Es sei auch unzulässig, über Paragraph 75, Absatz 7, Ziffer 5, BVergG hinausgehend Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung nicht nur vom Unternehmer und von für die Erbringung der Dienstleistung verantwortlichen Führungskräften, sondern auch für sonstige Mitarbeiter zu verlangen. Angesichts eines Auftrages, bei dem voraussichtlich 8 Mitarbeiter zum Einsatz gelangen würden, stehe die Forderung im Punkt 4.5.3. der Ausschreibungsunterlagen nach einem Ausbildungsnachweis von 80 % sämtlicher Mitarbeiter bei Unternehmen mit über 15 Mitarbeitern in keinem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand. Unsachlich sei auch der gemäß Punkt 4.5.3.1. der Ausschreibungsunterlagen (Basisausbildung) verlangte allgemeine Ausbildungsstand. Bei der Basisausbildung werde auf das ÖSZ-zertifizierte Basistraining - Bewachungsdienst oder eine gleichwertige Basisausbildung abgestellt. Eine solche könne nicht von Bewachungsunternehmen, die nicht dem VSÖ-Verband der Sicherheitsunternehmen Österreichs angehören würden, bzw. die nicht bereits ÖSZ-zertifiziert seien, erbracht werden. Eine zertifizierte "gleichwertige Basisausbildung" existiere nicht. Damit reduziere sich der Bewerberkreis auf vier Unternehmen (B***, C***, D*** und E***). Da sämtliche andere Bewachungsunternehmen ausgeschlossen seien, handle es sich um eine unsachliche, wettbewerbsbeschränkende Bestimmung. Auch wenn der Inhalt der Basisausbildung aufgelistet werde, seien weder die Ausbildungsdauer bzw. die auf die Themengebiete entfallende Stundendauer, noch die vorzutragenden Themen näher konkretisiert.

Eine einmonatige Einschulungsphase in einem Erstobjekt sei branchenunüblich. Bei einfachen Objekten nehme erfahrungsgemäß eine Ersts Schulung weniger als eine Woche in Anspruch. Eine schriftliche Abnahmebestätigung durch eine Schlüsselperson für die selbstverständliche Einschulung werde üblicherweise nicht ausgestellt. Aufgrund der branchenimmanenten Personalfuktuation sei die schriftliche Abnahmebestätigung für 80 % der Mitarbeiter nicht substituierbar. Die diesbezüglich vorgesehenen Bestimmungen in Punkt 4.5.3.2. der Ausschreibungsunterlagen (Praktische Grundausbildung) seien unsachlich und diskriminierend.

Die Ausbildung zum betrieblichen Ersthelfer gemäß Punkt

4.5.3.3. der Ausschreibungsunterlagen (Ausbildung zum betrieblichen Ersthelfer) werde aufgrund der relativ hohen Kosten regelmäßig nicht zu dem geforderten Durchschulungsgrad von 80 % führen. Die genannte Bestimmung sei in Zusammenhang mit Punkt 4.5.3. der Ausschreibungsunterlagen unsachlich und vergaberechtswidrig.

Über eine Ausbildung zum Brandschutzwart gemäß § 43 Arbeitsstättenverordnung würden grundsätzlich nur Mitarbeiter verfügen, die für den Einsatz an sicherheitstechnisch höherwertigen Bewachungsobjekten vorgesehen seien. Da dies wenige Bewachungsobjekte betreffe, würden nur Unternehmen mit einem größeren Bestand an solchen Einsatzobjekten über eine solche Art ausgebildete Mitarbeiter im größeren Umfang verfügen. Die Regelung in Punkt 4.5.3.4. der Ausschreibungsunterlagen (Ausbildung zum Brandschutzwart) mit einem geforderten 80%-igen Durchschulungsgrad sei damit unsachlich und vergaberechtswidrig. Über eine Ausbildung zum Brandschutzwart gemäß Paragraph 43, Arbeitsstättenverordnung würden grundsätzlich nur Mitarbeiter verfügen, die für den Einsatz an sicherheitstechnisch höherwertigen Bewachungsobjekten vorgesehen seien. Da dies wenige Bewachungsobjekte

betreffe, würden nur Unternehmen mit einem größeren Bestand an solchen Einsatzobjekten über eine solche Art ausgebildete Mitarbeiter im größeren Umfang verfügen. Die Regelung in Punkt 4.5.3.4. der Ausschreibungsunterlagen (Ausbildung zum Brandschutzwart) mit einem geforderten 80%-igen Durchschulungsgrad sei damit unsachlich und vergaberechtswidrig.

Dies gelte auch für die Anforderung zur Aufzugswärterprüfung im Punkt 4.5.3.5. der Ausschreibungsunterlagen (Prüfung als Aufzugswärter). Auch wenn diese Ausbildung im Vergleich zu jener für den Brandschutzwart weniger kostspielig sei, müssten zumindest 80 % der Mitarbeiter über eine solche verfügen. Ein solcher Durchschulungsgrad würde in der Regel von Unternehmen nicht erreicht werden.

Aufgrund der fehlenden Definition für Referenzprojekte aus dem Bereich der "Sicherheitsleistung" sei unklar, welche Referenzprojekte hiervon erfasst seien. Damit sei die Bestimmung im Punkt 4.5.4. der Ausschreibungsunterlagen (Referenzprojekt) vergaberechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Aktuell laufende Projekte als Referenznachweis - wie dies gemäß Punkt 4.5.4. der Ausschreibungsunterlagen (Referenzprojekt) vorgesehen sei - dürften auf Grund unsachlicher Bevorzugung und Diskriminierung nicht berücksichtigt werden. Solche Projekte könnten nur dann berücksichtigt werden, wenn sie sich seit mindestens sechs Monaten im Abwicklungsstadium befinden würden und die erbrachten Leistungsstunden den Wert der für Referenzprojekte maßgeblichen Mindeststundenanzahl (zumindest 10.000 bzw 15.000 Stunden) überschreiten würden.

Unsachlich sei auch die Festlegung in Punkt 5 Abs. 1 der Ausschreibungsunterlagen zum Auswahlverfahren. Diskriminiert würden dadurch Bieter, die mit dem erst-, zweit-, dritt- oder viert-bestbewerteten Bewerber gleich aufliegen würden. Unverhältnismäßig sei das Auswahlkriterium "Einschlägige Referenzprojekte" in Punkt 5.1. der Ausschreibungsunterlagen (einschlägige Referenzprojekte maximal 20 Punkte). Das Kriterium der sicherheitstechnischen Betreuung von denkmalgeschützten Gebäuden mit mehr als jährlich 350.000 Besuchern könne in Wien von nur neun, denkmalgeschützten Gebäuden erfüllt werden, von denen nur ein Teil von privaten Bewachungsunternehmen bewacht würde. Mit dieser Forderung würde der Bieterkreis unsachlich eingeschränkt werden. Es werde auf eine bestimmte Unternehmensgröße abgestimmt. Sachlich nicht nachvollziehbar sei, wie durch Bekanntgabe von anonymisierten Mitarbeiterdaten die Richtigkeit einer vom Bewerber angegebenen Beschäftigtenzahl von "stabilen Mitarbeitern" im Verhältnis zur Gesamtmitarbeiteranzahl bewiesen werden könne [Punkt 5.2. iVm Punkt 2 der Ausschreibungsunterlagen zum Auswahlverfahren. Diskriminiert würden dadurch Bieter, die mit dem erst-, zweit-, dritt- oder viert-bestbewerteten Bewerber gleich aufliegen würden. Unverhältnismäßig sei das Auswahlkriterium "Einschlägige Referenzprojekte" in Punkt 5.1. der Ausschreibungsunterlagen (einschlägige Referenzprojekte maximal 20 Punkte). Das Kriterium der sicherheitstechnischen Betreuung von denkmalgeschützten Gebäuden mit mehr als jährlich 350.000 Besuchern könne in Wien von nur neun, denkmalgeschützten Gebäuden erfüllt werden, von denen nur ein Teil von privaten Bewachungsunternehmen bewacht würde. Mit dieser Forderung würde der Bieterkreis unsachlich eingeschränkt werden. Es werde auf eine bestimmte Unternehmensgröße abgestimmt. Sachlich nicht nachvollziehbar sei, wie durch Bekanntgabe von anonymisierten Mitarbeiterdaten die Richtigkeit einer vom Bewerber angegebenen Beschäftigtenzahl von "stabilen Mitarbeitern" im Verhältnis zur Gesamtmitarbeiteranzahl bewiesen werden könne [Punkt 5.2. in Verbindung mit Punkt 2 der

1. 1.Ziffer eins

Berichtigung (10.6.2013) und Punkt 5.2., 1.

Gliederungsstrich der 2. Berichtigung (24.6.2013)]. Auch die nach der 2. Berichtigung vorgesehene Bestimmung im Punkt 5.2,

1. 1.Ziffer eins

Gliederungsstrich sei nach wie vor intransparent. Im als reglementiert zu wertenden Bewachungsgewerbe sei die Beschäftigung eines Mitarbeiters auf Werkvertragsbasis praktisch unmöglich. Es handle sich dabei um eine Umgehungskonstruktion für ein Dienstverhältnis. In diesem Fall müsste das auf Werkvertragsbasis tätige Wachorgan selbst über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für das Bewachungsgewerbe verfügen und wäre damit als Subunternehmer zu werten. Es handle sich dabei um eine Praxis von unseriösen, sich auf diese Weise soziale Abgaben ersparende Bewachungsunternehmen. Ein solcher Missbrauch sollte nicht als

Nachweiskriterium für eine hohe Mitarbeiterstabilität herangezogen werden. Ungeachtet der Regelung nach der 2. Berichtigung zur Zusammensetzung der Bewertungskommission für die Bewertung des Schulungskonzeptes im Punkt 5.3. der Ausschreibungsunterlagen (Schulungskonzept maximal 15 Punkte) sei die fachliche Eignung und Sachkunde der Bewertungskommission im Zuge einer "aus internen organisatorischen Gründen vorbehaltene Änderung" nicht gewährleistet. Die fachliche Qualifikation für neu beigezogene Bewertungskommissionsmitglieder müsse geregelt werden. Die nur objektiv mögliche Bewertung des Schulungskonzeptes sei nach subjektiven Kriterien unzulässig, zumal es sich um keine künstlerischen Aspekte des Auftrages handle. Darüber hinaus wäre eine verbale Begründung der Bewertung aus Gründen der Nachvollziehbarkeit erforderlich. Näher definierte Bewertungskriterien für die Einschulungsphase und die laufende Fortbildung für das Schulungskonzept würden fehlen. In der derzeit geltenden Fassung sei die Regelung intransparent und unzulässig.

Intransparent und unsachlich sei das Auswahlkriterium im Punkt

5.5. der Ausschreibungsunterlagen für die Zusatzqualifikationen des Schlüsselpersonals. Es gebe keine anerkannte Detektivausbildung. Selbstverteidigungskurse würden in vielfältigster Form angeboten, von denen manche für die Ausübung des Bewachungsgewerbes gänzlich unpraktikabel seien. Für eine zumindest 24-stündige Zusatzqualifikation werde unabhängig vom Umfang, von der Dauer, der Komplexität und der Qualität der Ausbildung ein Punkt vergeben. Es werde eine besonders aufwändig und hochwertig ausgebildete Person gleich bewertet mit jeder Person, die lediglich eine 24-stündige Zusatzqualifikation erworben habe.

Unzulässig sei auch das Auswahlkriterium gemäß Punkt 5.6 der Ausschreibungsunterlagen [Anteil Vollbeschäftigte zu Gesamtmitarbeiter (max. 10 Punkte)] in der Fassung der 2. Berichtigung. Beim reglementierten Bewachungsgewerbe sei eine Beschäftigung eines Mitarbeiters auf Werkvertragsbasis legal praktisch ohne Verstoß gegen sozialrechtliche Bestimmungen unmöglich. Solche Mitarbeiter seien als Subunternehmer tätig, andernfalls handle es sich um eine unseriöse Unternehmerpraxis, mit deren Hilfe Sozialabgaben eingespart werden sollten. Ein solches Kriterium könne nicht als Nachweis für eine hohe Mitarbeiterstabilität herangezogen werden. Anonymisierte Mitarbeiterdaten können nicht als Beweis für die Richtigkeit der Angaben für den Anteil der Vollzeitbeschäftigten an der Gesamtmitarbeiterzahl dienen. Wie bereits zu Punkt 5.3 der Ausschreibungsunterlagen (kommissioneller Bewertung des Schulungskonzeptes) ausgeführt - finde auch die Bewertung des Qualitätsmanagementsystems (Punkt 5.7 der Ausschreibungsunterlagen) unter Beiziehung einer Kommission statt, für deren Zusammensetzung sich der Auftraggeber Änderungen aus internen, organisatorischen Gründen vorbehalte. Auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Punkt 5.3 der Ausschreibungsunterlagen werde verwiesen. Auch in diesem Fall sei eine subjektive Bewertung des Qualitätsmanagementsystems vorgesehen, obwohl es dabei um keine künstlerischen Aspekte des Auftrages handle. Ebenso sei unzulässiger Weise im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit der Bewertung keine verbale Begründung durch die Bewertungskommission vorgesehen.

Mit der 2. Berichtigung sei zwar die Frist für Anfragen zur Berichtigung und für Fragebeantwortungen, nicht jedoch die Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge (8.7.2013) verlängert worden. Außer Acht sei dabei gelassen worden, dass auf Grund der Änderungen des Inhaltes der Ausschreibung infolge umfassender Berichtigungen und Fragebeantwortungen eine wesentliche Überarbeitung der Teilnahmeanträge erforderlich sei. Eine faktische Verkürzung der Überarbeitungsmöglichkeit der Teilnahmeanträge (8.7.2013) ergebe sich dadurch, dass der Auftraggeber die bis zum 24.6.2013 eingelangt Anfragen bis zum 27.6.2013 beantworten könne. Zudem seien bis zum 24.6.2013 eingebrachte Bieteranfragen in vielen Punkten unbeantwortet geblieben. Erforderliche Änderungen der Teilnahmeanträge seien nicht abschätzbar. Außerdem diene die Frist zur Einreichung des Teilnahmeantrages dazu, den Bewerbern eine angemessene Frist zur Ausarbeitung des Teilnahmeantrages zur Verfügung zu stellen. Die ursprünglich vorgesehene Teilnahmefrist sei infolge allfälliger wesentlichen Änderungen des Inhaltes der Teilnahmeantragsunterlagen mit Auswirkungen auf die Bewertungsvorgänge und auf den potentiellen Bieterkreis unsachlich.

Als mittelständisches Unternehmen werde es dem Antragsteller aufgrund der Bestimmungen zur wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit unmöglich gemacht, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen, obwohl grundsätzlich die Befähigung und Befugnis vorliege, den ausgeschriebenen und bisher auch

durchgeführten Auftrag zu übernehmen und durchzuführen. Die Eignungs- und Auswahlkriterien seien unzulässig und wettbewerbsbeschränkend, zumal damit der Bieterkreis auf maximal vier Bewachungsunternehmen als potentielle Bewerber von insgesamt etwa 400 Gewerbeberechtigten eingeengt werde.

Es seien bisher bereits mehrmals Berichtigungen und Anfragebeantwortungen erfolgt. Auch bei einer nicht prioritären Dienstleistung sei eine Berichtigung nur insoweit zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung komme. Von einer solchen wesentlichen, notwendigen Änderung sei im gegenständlichen Fall auszugehen. Mit der Änderungen der Teilnahmeantragsunterlagen müsse jedenfalls eine Verlängerung der Frist für den Teilnahmeantrag einhergehen, andernfalls werde eine Bekämpfung der Teilnahmeantragsabgabefrist erfolgen.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages, zumal Sicherheitsdienstleistungen vom Antragsteller erbracht würden. Derzeit werde auch der ausgeschriebene Auftrag vom Antragsteller durchgeführt. Sollte der Antragsteller den ausgeschriebenen Auftrag nicht erhalten, würden massive wirtschaftliche Nachteile in der Höhe von Euro 450.000,-- drohen. Zudem würden Kosten für die Abgabe des Teilnahmeantrages anlaufen. Hinzu kämen die Kosten für die Beiziehung des Rechtsanwalts und drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes. Aufgrund der Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen erachte sich der Antragsteller in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Einhaltung des Sachlichkeits- und Transparenzgebotes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß § 19 BVergG verletzt. Zudem sei das Diskriminierungsverbot zu beachten. Die gegenständlichen, rechtswidrigen Teilnahmeantragsunterlagen würden es dem Antragsteller nicht ermöglichen, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Der Antragsteller habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages, zumal Sicherheitsdienstleistungen vom Antragsteller erbracht würden. Derzeit werde auch der ausgeschriebene Auftrag vom Antragsteller durchgeführt. Sollte der Antragsteller den ausgeschriebenen Auftrag nicht erhalten, würden massive wirtschaftliche Nachteile in der Höhe von Euro 450.000,-- drohen. Zudem würden Kosten für die Abgabe des Teilnahmeantrages anlaufen. Hinzu kämen die Kosten für die Beiziehung des Rechtsanwalts und drohe der Verlust eines bedeutenden Referenzprojektes. Aufgrund der Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen erachte sich der Antragsteller in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Einhaltung des Sachlichkeits- und Transparenzgebotes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß Paragraph 19, BVergG verletzt. Zudem sei das Diskriminierungsverbot zu beachten. Die gegenständlichen, rechtswidrigen Teilnahmeantragsunterlagen würden es dem Antragsteller nicht ermöglichen, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

Die Erlassung der einstweiligen Verfügung sei erforderlich, um die Öffnung der Teilnahmeanträge und die Auswahl für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zu verhindern. Den Interessen des Antragstellers würden keine besonderen Interessen des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit gegenüberstehen.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 3.7.2013 zunächst allgemeine Auskünfte zum dem dem Oberschwellenbereich zuzuordnenden, in Form eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführenden Vergabeverfahren. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium vor Öffnung der Teilnahmeanträge, die bis zum 8.7.2013, 13:00 Uhr, einzureichen seien. Es sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Weder die Aussetzung des gesamten Verfahrens, noch die Hemmung der Frist zur Teilnahmeantragsabgabe sei als gelindeste Maßnahme zu qualifizieren. Vielmehr wären damit extreme Verzögerungen für das gesamte Vergabeverfahren verbunden. Für den Antragsteller, der derzeit mit den Sicherheitsdienstleistungen beauftragt sei, sei das Interesse an der Aufrechterhaltung des derzeitigen Status durchaus nachvollziehbar.

Infolge Erweiterung des Leistungsumfanges sei eine Ausschreibung erforderlich. Mit extremen Verzögerungen des Vergabeverfahrens könne die Sicherheit im Areal des Schlosses Schönbrunn nicht mehr gewährleistet werden. Der mit dem Antragsteller bestehende Alt-Vertrag könne nur jährlich zum Kündigungstermin 30.9. per 31.12. gekündigt werden. Trotz angemessener zeitlicher Veranschlagung für die Abwicklung des Vergabeverfahrens könnten überschießende Verzögerungen dazu führen, dass nach Ablauf der Kündigungsfrist kein neuer Vertragspartner für die Durchführung der Sicherheits- und Bewachungsdienstleistungen ermittelt werden könne. Im Hinblick auf die weltweite Verschärfung von Sicherheitserfordernissen und die Notwendigkeit einer Terrorismusvorsorge bestehe ein vitales öffentliches Interesse an der raschen Abwicklung des Vergabeverfahrens. Die beantragten Maßnahmen seien

zumindest zu einem Teil in erheblichem Maße überschießend. Beantragt werde, die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in eventuelle die Untersagung der Öffnung der Teilnahmeanträge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Mit Schriftsatz vom 4.7.2013 führte der Antragsteller ergänzend aus, dass nur die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventuelle die Aussetzung des Laufs der Teilnahmeantragsfrist es dem Antragsteller ermögliche, einen Teilnahmeantrag mit Chancen auf eine Qualifikation für die

2. Stufe und auf den Erhalt des Zuschlages zu stellen. Andernfalls wäre er gezwungen, auf Basis rechtswidriger Vorgaben einen Teilnahmeantrag einzureichen, der wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien ausgeschieden werden würde. Dem Antragsteller drohe ein massiver Schaden. Haltlos sei die Behauptung des Auftraggebers, dass die Sicherheit des Schlosses Schönbrunn bei Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht gewährleistet wäre. Auch die Sicherheitszentrale werde vom Antragsteller bereits seit 1.5.2013 betreut. In zeitlicher Hinsicht sei es jedenfalls möglich, einen neuen Vertragspartner für die Sicherheitsdienstleistungen zu ermitteln. Die Argumentation des Auftraggebers laufe darauf hinaus, die Abgabe eines Teilnahmeantrages bzw. eines Angebotes durch den Antragsteller zu verhindern. Ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung sei nicht gegeben. Mit dem Nachprüfungsverfahren einhergehende Verzögerungen seien bei einem Vergabeverfahren einzukalkulieren.

In einem weiteren Schriftsatz vom 4.7.2013 hob der Auftraggeber hervor, dass bei einer Stattgebung des Nachprüfungsantrages, ohnehin die Teilnahmefrist "voraussichtlich" zu verlängern wäre. Im Fall der Ab- bzw. Zurückweisung des Nachprüfungsantrages könnte das Vergabeverfahren ohne weitere unnötige Verzögerungen fortgesetzt werden. Gerade die Besetzung der neu eingerichteten Sicherheitszentrale sei der Grund für die Neuausschreibung, zumal langfristig gesehen die Grenze für die zulässige Direktvergabe überschritten worden wäre. Der Antragsteller kündige bereits (zahlreiche) weitere Nachprüfungsverfahren an. Damit sei die möglichst lange Verzögerung des Vergabeverfahrens durch den Antragsteller geplant, sodass die Sicherheit des Schlosses Schönbrunn nicht mehr bis 31.12.2013 gewährleistet werden könne.

Dem hielt der Antragsteller im Schriftsatz vom 4.7.2013 entgegen, dass sich die Kosten für die Betreuung der Sicherheitszentrums im Mai 2013 auf Euro 9.645,96 (netto) belaufen hätten. Damit wäre aber zumindest bis Jänner 2014 die für die zulässige Direktvergabe maßgebliche Grenze nicht überschritten, sodass die Überschreitung der Grenze für Zulässigkeit der Direktvergabe kein stichhaltiges Argument für eine Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sein könne.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungsgründung eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 23.8.2011, N/0067-BVA/09/2011-29; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136; 17.2.2004, 08N-10/04-27). Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 23.8.2011, N/0067-BVA/09/2011-29; 27.3.2006, N/0008-BVA/08/2006-136; 17.2.2004, 08N-10/04-27).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG. Die als nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang IV Kat. 23 BVergG einzustufende Dienstleistung (Punkt 2.1 der Ausschreibungsunterlagen) überschreitet auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens (Punkt 2.2. der Ausschreibungsunterlagen) durchgeführt wird. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 6, BVergG. Die als nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Anhang römisch vier Kat. 23 BVergG einzustufende Dienstleistung (Punkt 2.1 der Ausschreibungsunterlagen) überschreitet auf Grund des geschätzten Auftragswertes den relevanten Schwellenwert, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt, das in Form eines 2-stufigen Verhandlungsverfahrens (Punkt 2.2. der Ausschreibungsunterlagen) durchgeführt wird.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt 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 b B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt 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 b, B-VG ist sohin gegeben.

Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Im Ergebnis ist 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 entrichtet. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt. Im Ergebnis ist 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 entrichtet.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages römisch zwei. 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. 3 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 3, 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. 4 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 4, 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 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass vom Auftraggeber geplant ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, die besten Bewerber auszuwählen, zur Angebotsabgabe einzuladen, zu verhandeln und mit dem Bestbieter die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen, er in der Folge einen Teilnahmeantrag legen könnte, zur Angebotslegung aufzufordern wäre und nach Verhandlungen für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Teilnahme, Angebotsabgabe, Verhandlung und Vertragsabschluss nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfälligen Teilnahmeantrags- und Angebotslegung sowie den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem Antragsteller ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass vom Auftraggeber geplant ist, das Vergabeverfahren fortzuführen, die besten Bewerber auszuwählen, zur Angebotsabgabe einzuladen, zu verhandeln und mit dem Bestbieter die Rahmenvereinbarung abzuschließen. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller aufgezeigten Rechtswidrigkeiten zutreffen, er in der Folge einen Teilnahmeantrag legen könnte, zur Angebotslegung aufzufordern wäre und nach Verhandlungen für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Teilnahme, Angebotsabgabe, Verhandlung und Vertragsabschluss nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfälligen Teilnahmeantrags- und Angebotslegung sowie den Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem Antragsteller ermöglicht.

Soweit der Auftraggeber vorbringt, ein Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu haben, zumal mit der Erlassung der einstweiligen Verfügung extreme Verzögerungen des Vergabeverfahrens verbunden wären, sodass schließlich die Sicherheit für das Areal des Schlosses Schönbrunn nicht mehr gewährleistet und kein neuer Vertragspartner ermittelt werden könne bzw von einer unzulässigen Direktvergabe gesprochen wird und zu gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden öffentlichen Interessen auf die Verschärfung von Sicherheitserfordernissen und die Notwendigkeit einer Terrorismusvorsorge hingewiesen wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass es sich bei diesem Vorbringen des Auftraggebers um eine pauschale Darlegung handelt. Es wurde nicht der Versuch unternommen, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise konkretisierend unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd § 329 Abs. 1 BVergG sein (vgl. BVA 23.5.2013, N/0040-BVA/11/2013-EV6; 10.10.2012, N/0095-BVA/04/2012-EV6; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.). Das Argument der Verzögerungstaktik des Antragstellers vermag nicht zu überzeugen. Soweit der Auftraggeber vorbringt, ein Interesse an der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu haben, zumal mit der Erlassung der einstweiligen Verfügung extreme Verzögerungen des Vergabeverfahrens verbunden wären, sodass schließlich die Sicherheit für das Areal des Schlosses Schönbrunn nicht mehr gewährleistet und kein neuer Vertragspartner ermittelt werden könne bzw von einer unzulässigen Direktvergabe gesprochen wird und zu gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechenden öffentlichen Interessen auf die Verschärfung von Sicherheitserfordernissen und die Notwendigkeit einer

Terrorismusvorsorge hingewiesen wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass es sich bei diesem Vorbringen des Auftraggebers um eine pauschale Darlegung handelt. Es wurde nicht der Versuch unternommen, dieses Vorbringen in irgendeiner Art und Weise konkretisierend unter Beweis zu stellen. Dieses unsubstantiierte Vorbringen kann nicht Grundlage einer Interessenabwägung iSd Paragraph 329, Absatz eins, BVergG sein vergleiche BVA 23.5.2013, N/0040-BVA/11/2013-EV6; 10.10.2012, N/0095-BVA/04/2012-EV6; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7; 20.10.2003, 13N-112/03-7; 12.8.2003, 10N- 137/03-7 u.a.). Das Argument der Verzögerungstaktik des Antragstellers vermag nicht zu überzeugen.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025- BVA/04/2006-EV7 u.a). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a).

Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 u.a). Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat vergleiche VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 u.a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Entgegen der Ansicht des Auftraggebers wäre eine in eventu Untersagung der Teilnahmeantragsöffnung als gelindeste Maßnahme in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht völlig ausreichend. Auch wenn der Auftraggeber von einer Verlängerung der Teilnahmefrist im Fall einer Berichtigung spricht, so führt er selbst aus, dass diese voraussichtlich entsprechend zu verlängern wäre. Dem Antragsteller muss aber auch noch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls die Möglichkeit offen stehen, innerhalb der Frist einen Teilnameantrag einzureichen. Zu diesem Zweck war daher - dem Eventualantrag entsprechend - die Frist für die Teilnahmeantragsabgabe auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die derzeit bis zum 8.7.2013 eingeräumte Teilnahmeantragsfrist während des Nachprüfungsverfahrens abläuft (vgl BVA 23.5.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6; 28.9.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6; 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7 u. v.a.). Entgegen der Ansicht des Auftraggebers wäre eine in eventu Untersagung der Teilnahmeantragsöffnung als gelindeste Maßnahme in der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation nicht völlig ausreichend. Auch wenn der Auftraggeber von einer Verlängerung der Teilnahmefrist im Fall einer Berichtigung spricht, so führt er selbst aus, dass diese voraussichtlich entsprechend zu verlängern wäre. Dem Antragsteller muss aber auch noch nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls die Möglichkeit offen stehen, innerhalb der Frist einen Teilnameantrag einzureichen. Zu diesem Zweck war daher - dem Eventualantrag entsprechend - die Frist für die Teilnahmeantragsabgabe auszusetzen. Dadurch wird verhindert, dass die derzeit bis zum 8.7.2013 eingeräumte Teilnahmeantragsfrist während des Nachprüfungsverfahrens abläuft vergleiche BVA 23.5.2013, N/0043-BVA/11/2013-EV6; 28.9.2012, N/ 0089-BVA/12/2012-EV6; 10.11.2008, N/0140-BVA/07/2008-EV7 u. v.a.).

Bei der vom Antragsteller in eventu beantragten Aussetzung der Frist für die Teilnahmeantragsabgabe handelt es sich im Vergleich zum Hauptantrag, nämlich der vorübergehenden Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens, um die

gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSv § 329 Abs. 3 BVergG, zumal dem Auftraggeber mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird. Bei der vom Antragsteller in eventu beantragten Aussetzung der Frist für die Teilnahmeantragsabgabe handelt es sich im Vergleich zum Hauptantrag, nämlich der vorübergehenden Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens, um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSv Paragraph 329, Absatz 3, BVergG, zumal dem Auftraggeber mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird.

Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

Zuletzt aktualisiert am

09.09.2013

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