

TE Verg Bescheid 2013/2/15 N/0009-BVA/03/2013-EV10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.02.2013

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 gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabe-gesetz 2006, idF der Novelle BGBl II Nr. 10/2012 (BVergG) durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senates 3, Mag. Hubert Reisner, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19" der Auftraggeberin Universität Wien, Universitätsring 1, 1010 Wien, vertreten durch die Universität Wien- Raum- und Ressourcenmanagement als vergebende Stelle, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwalt auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 vom 7. Februar 2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabe-gesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch den Vertreter der Vorsitzenden des Senates 3, Mag. Hubert Reisner, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19" der Auftraggeberin

Universität Wien, Universitätsring 1, 1010 Wien, vertreten durch die Universität Wien- Raum- und Ressourcenmanagement als vergebende Stelle, alle vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y*** Rechtsanwalt auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, vom 7. Februar 2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das BVA möge der Auftraggeberin (Antragsgegnerin) für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss der Rahmenvereinbarung im gegenständlichen Vergabeverfahren untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Datennetzverkabelung, Aktenzahl 12-AS-H01-999999-19", die Rahmenvereinbarung abzuschließen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG 2006
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 3 und 4 BVergG 2006

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 7. 2. 2013 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Entscheidung der Auftraggeberin vom 1. 2. 2013, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei rechtswidrig, da das Angebot des gemäß Angebotsöffnung vor ihr gereihten Bieters B*** (in weiterer Folge "B****") aus dem Vergabeverfahren aufgrund mangelnder Erfüllung der Ausschreibungsvorgaben sowie aufgrund unzulässiger Gewährung von Mängelbehebungen auszuscheiden gewesen wäre bzw nach wie vor auszuscheiden sei. Die Auftraggeberin hätte bei einem rechtskonformen Vorgehen die B*** aus dem Vergabeverfahren ausscheiden und die Antragstellerin als Billigstbieterin festlegen müssen und wäre die Rahmenvereinbarung demnach mit ihr als Erstgereichte abzuschließen.

Hinsichtlich der Antragslegitimation verwies die Antragstellerin auf die im selben Vergabeverfahren mit Bescheid N/0109-BVA/03/2012-39 getroffenen Feststellungen des Bundesvergabeamtes, wonach diese gegeben sei und führte zu den Beschwerdepunkten ergänzend aus, die Auftraggeberin habe in der Leistungsgruppe 19 des LV "Strukturierte Verkabelung" zwei Teile gebildet, wobei bei der in Teil B vorgesehenen Erweiterung der Infrastruktur jeder Bieter ausschließlich die von der Auftraggeberin bereits verwendeten Produkte anzubieten hätte, nämlich jene mit dem Label "*****" des Herstellers C***. Diese Positionen seien im LV in der Leistungsgruppe 19 "Strukturierte Verkabelung" am Endbuchstaben "B" zu erkennen, etwa LV-Position 001700F oder 001101W und 0011108.

Mit diesen, von jedem Bieter verpflichtend anzubietenden Produkten, seien weitere Vorgaben der Auftraggeberin verbunden. Jeder Bieter müsse über "mind. 5 vom Hersteller der Anschlusskomponenten ausgebildete und zertifizierte Mitarbeiter" verfügen. Weiters seien die genannten erforderlichen 5 speziellen, zertifizierten Mitarbeiter - neben 10 allgemein qualifizierten Mitarbeitern - im Formular "Schlüsselpersonal - SP" einzutragen gewesen. Darüberhinaus habe der Bieter sicherzustellen, dass die Auftraggeberin eine, nach Einbau der Produkte zu erlangende 25- jährige direkt vom jeweiligen Hersteller stammende Systemgarantie zu den angebotenen Produkten (Komponenten) erhalten würde. Dafür habe der Bieter unmittelbar mit seinem Angebot eine korrespondierende Garantiezusage des Herstellers C*** vorzulegen. Dazu verwies die Antragstellerin auf die LV-Positionen 001110C, 001700D letzter Satz und das Weißbuch "Kommunikationsverkabelung und Infrastruktur" Punkt 2.1.15 und auf die Fragebeantwortungen 20 und 21.

Die Ausschreibung stelle hinsichtlich der Systemgarantie (Garantiezusage) und der Mitarbeiterzertifikate für deren Inhalt und die Nachweisführung im Vergabeverfahren konkrete Voraussetzungen auf. Nicht näher geregelt werde, wie ein Bieter diese Garantiezusage und Zertifikate vom Hersteller erhalten könne. Daher seien ausschließlich die Vorgaben des Herstellers - die C*** - der anzubietenden Produkte relevant. Die Antragstellerin sei selbst zertifizierte Vertragspartnerin dieses Herstellers und damit für die in Teil B zwingend geforderten ***-Produkte. Die von C*** zertifizierten Vertragspartner würden kurz "D****" oder auch "D**&*" genannt. Dies stehe für "C*** *** *** *** ***". Der Antragstellerin seien als D*** somit die Rahmenbedingungen, unter denen einerseits die erforderliche 25-

jährige Systemgarantie (bzw die im Rahmen des Vergabeverfahrens vorzulegende korrespondierende Zusage) und andererseits die notwendigen Zertifikate für insgesamt 5 Mitarbeiter erlangt werden können, bekannt.

Zu den Mitarbeiterzertifikaten führte die Antragstellerin Folgendes aus:

die von C*** ausgestellten Mitarbeiterzertifikate, die sich, wie in der Ausschreibung verlangt, immer auf eine konkrete Person und nicht etwa auf ein Unternehmen beziehen würden, hätten nur eine zeitlich befristete Gültigkeit, die durch Rezertifizierungen verlängert würden. Ein Bieter müsse daher über insgesamt 5 Mitarbeiterzertifikate verfügen, die sowohl zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gültig gewesen wären als auch weiterhin gültig seien. Wie der "Technischen Angebotsprüfung" des E*** vom 22. 10. 2012 zu entnehmen sei, sei diese völlig übliche, limitierte Zertifikatsgültigkeit der Auftraggeberin auch schon vor Ende der Angebotsfrist bekannt gewesen: "Als Beilage 6 findet sich eine Bestätigung des Herstellers der Leitprodukte, in der angeführt wird, dass die geforderte 25-jährige Systemgarantie derzeit nicht erstellt werden kann, da zwar das Firmen (D***-Zertifikat) und ein Mitarbeiter-Zertifikat gültig waren, jedoch die Zertifizierung 4 weiterer Mitarbeiter ungültig waren."

Zur 25-jährigen Systemgarantie führte die Antragstellerin aus, der Hersteller C*** habe seine Verträge so gestaltet, dass für die Möglichkeit, eine nach Einbau der Produkte zu erlangende 25-jährige Systemgarantie zu verschaffen, der Status des Unternehmers als zertifizierter Vertragspartner (D***) und das Vorhandensein von zumindest zwei zertifizierten Mitarbeitern im Unternehmen des D*** erforderlich sei. Dazu verwies die Antragstellerin auf die Website [www.***.***](#), wo es wörtlich heiße:

"The *** *** 25 Year Performance Warranty

When you have your network infrastructure properly installed by an D**&* you'll be eligible for the *** *** 25-year performance warranty. This coverage is automatically part of the package when you specify *** *** products end-to-end and when an C*** *** *** *** *** registers the network design with C*** and performs the actual installation in accordance with C*** requirements."

Die präsumtive Billigstbieterin B*** habe im Nachprüfungsverfahren N/0109- BVA/03/2012 releviert, dass das von ihr mit C*** geschlossene Vertragswerk die erwähnten Voraussetzungen - etwa die zeitliche Limitierung von Mitarbeiter-Zertifikaten - nicht widerspiegeln würde. Dies sei aber ohnedies irrelevant, da durch die Festlegungen der Ausschreibung die Auftraggeberin freiwillig und bestandsfest auf die Sichtweise von C*** und auf die von C*** ausgestellten Unterlagen (vor allem Garantien, Zertifikate) abstelle. Ein Bieter, der keine entsprechenden Nachweise vorlegen könne - aus welchem Grund auch immer - sei nach Ansicht der Antragstellerin nicht leistungsfähig im Sinne der Ausschreibung und ob die Nichtausstellung von Unterlagen bzw Nichtbestätigungen durch C*** gemäß den zwischen C*** und einem Bieter geschlossenen Verträgen vertragskonform oder vertragswidrig sei bzw ob der betroffene Bieter gewisse Zusagen bei C*** im Zivilrechtsweg "erklagen" könnte, sei vergaberechtlich irrelevant. Relevant sei nach Meinung der Antragstellerin nur, ob der Bieter innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen die von der Auftraggeberin bestandsfest verlangten Nachweise rechtzeitig erbringen könne. Gelingen das einem Bieter nicht, sei er aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden. wobei die ordnungsgemäße und rechtzeitige Angebotserstellung ausschließlich in der Verantwortung des Bieters liege und zwar samt Gestaltung seiner dahinterstehenden Vertragsverhältnisse.

In weiterer Folge verwies die Antragstellerin auf die bestehenden Möglichkeiten, sich die notwendige Eignung durch Dritte zu verschaffen und führte dazu aus, dass die Verschaffung der Systemgarantie und die erforderlichen zertifizierten Mitarbeiter zwingende (Eignungs-)Anforderungen seien, der Austausch und das Nachnominieren notwendiger Subunternehmer unzulässig sei, es sich bei den 5 zertifizierten Mitarbeitern um erforderliches Schlüsselpersonal gemäß erforderlicher Eintragung in das Formular "Schlüsselpersonal - SP" und der Austausch dieser notwendigen Mitarbeiter nicht zulässig sei. Die 5 zertifizierten Mitarbeiter müssten entweder Dienstnehmer des Bieters sein (bzw des im Angebot genannten Dritten, zB Subunternehmers) oder aber als Subunternehmer (oder sonstige Dritter) im Angebot genannt sein, wie Fragebeantwortung 6 ausführe. Der Bieter müsse die Eignungs- Anforderungen sowohl zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung als auch noch darüber hinaus erfüllen. Laufe daher in Zertifikat eines Mitarbeiters zwischen Angebotsöffnung und aktuellem Zeitpunkt ab, könne es nicht mehr zur Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen herangezogen werden.

Soweit es der Antragstellerin bekannt sei, könne die B*** mangels D***- Status selbst keine Garantiezusage für die 25-jährige Systemgarantie nachweisen und verfüge, soweit dies allgemein bekannt sei, über keinen eigenen Mitarbeiter,

der vom Hersteller C*** zertifiziert seien. Der fehlende diesbezügliche Status von B*** ergebe sich etwa aus der Unternehmenswebsite von C*** (www.***.com) sowie aus einem Rund-Mail von C*** vom 21. 9. 2011, das die Antragstellerin, neben vielen anderen Empfängern, erhalten habe. Aus diesem E-Mail werde ersichtlich, dass die "Fa. B***" ihren Status als "Partner von C***" verloren habe.

Die präsumtive Billigstbieterin B*** bediene sich daher zur Erfüllung der genannten beiden Eignungselemente (Systemgarantie und zertifizierte Mitarbeiter) eines Dritten. Einziger derartiger Dritter sei laut Angebotsöffnung und auch durch die Schriftsätze im Nachprüfungsverfahren N/0109-BVA/03/2012 bestätigt, die gleichzeitig als Subunternehmer auftretende F*** (kurz "F***"). Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibung die festgelegt: "Ein Bieter darf NICHT direkt oder in einer Bietergemeinschaft als auch (ggf. mehrfach) als Subunternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen". Gemäß Fragebeantwortung 23, Teil B und dieser Festlegung bedürfe es daher nicht des - ansonsten erforderlichen - einzelfallbezogenen Nachweises einer wettbewerbswidrigen Absprache durch den Auftraggeber, wodurch die inhaltliche Prüfung entfalle und es zu einem Ausscheiden schon aus formalen Gründen komme. Dies habe auch die Auftraggeberin gesehen, indem sie das Hauptangebot der F*** ausgeschieden habe. Bei der Teilnahme der F*** einerseits als Bieter und andererseits als Subunternehmer von B*** handle es sich demnach um eine, von der Auftraggeberin schon formal definierte, unzulässige Mehrfachbeteiligung. Unbeschadet der Frage, ob das Angebot von B*** nicht schon infolge der unzulässigen Mehrfachbeteiligung von F*** unmittelbar aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden gewesen wäre, sei nach Meinung der Antragstellerin daher festzuhalten, dass F*** mit allen Ihren Angeboten bzw Angebotsteilen aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden sei. Es sei nicht ersichtlich, warum gerade das F***-Hauptangebot und nicht der Subunternehmerteil, den F*** für B*** stelle, wegfallen sollte. Darüber hinaus bestehe die Frage, wer entscheiden könne, welches Angebot dann verpönt sei: das Haupt- oder das Subangebot. B*** erfülle jedenfalls nicht die diesbezüglichen Ausschreibungsvoraussetzungen, sodass deren Angebot aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden sei.

Aber selbst dann, so die Antragstellerin weiter, wenn F*** berechtigterweise Subunternehmer der B*** wäre, wäre dem Bieter B*** nicht geholfen. Auch F*** selbst verfüge nicht über die Voraussetzungen, um die von der Auftraggeberin definierten Anforderungen zu erfüllen und damit dem Bieter B*** die erforderliche Eignung zu verschaffen. F*** verfüge zwar über den grundsätzlichen Status als D*** von C***, habe aber nach Meinung der Antragstellerin nicht die von der Ausschreibung geforderten 5 zertifizierten Mitarbeiter. Bei der Zählung der 5 erforderlichen zertifizierten Mitarbeiter sei gemäß Ausführungen der Antragstellerin

- -Strichaufzählung
"ein Mitarbeiter, dessen Zertifikat nach Angebotsöffnung mittlerweile abgelaufen ist, oder auch
- -Strichaufzählung
ein Mitarbeiter, der sein Zertifikat erst nach Angebotsöffnung erworben hat, oder schließlich auch
- -Strichaufzählung
ein Mitarbeiter, der gar nicht im Angebot genannt ist (Formular SP - Schlüsselpersonal, Seite 2 von 6); und zwar unabhängig davon, ob er über ein (durchgängig) gültiges Zertifikat verfügt oder nicht."

jeweils nicht zu berücksichtigen.

Fraglich sei, ob F*** die laut allgemeinem C***-Vertragswerk für die Erlangung der Systemgarantie erforderliche Mindestanzahl von 2 zertifizierten Mitarbeitern besessen habe bzw besitze, und zwar hinsichtlich aller vergaberechtlich relevanten Zeitpunkte. Fehle bzw fehlte es der F*** auch nur zu einem dieser Zeitpunkte an der Mindestanzahl von 2 zertifizierten Mitarbeitern, dann verfüge auch sie nicht über die geforderte Kapazität der Verschaffungsmöglichkeit einer Systemgarantie für die Auftraggeberin. Entsprechend könnte sie diese Kapazität auch nicht als Subunternehmer an die präsumtive Billigstbieterin vermitteln.

Zum Beschwerdepunkt "Unzulässiges Ausmaß an Möglichkeiten zur Nachreichung und Aufklärung" führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, die Auftraggeberin habe die Grenzen der Ermessensausübung verletzt, die durch Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere durch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, vorgegeben seien. Die "überschießenden" Mängelbehebungen und Aufklärungen der betroffenen Bieter seien daher für das Vergabeverfahren unbeachtet zu lassen. Laut "Technische Angebotsprüfung" von E*** vom 22. 10. 2012 sei zum Angebot des Bieters B*** festgehalten: "Als Beilage 6 findet sich eine Bestätigung des Herstellers der Leitprodukte, in der angeführt wird, dass die geforderte 25-jährige Systemgarantie derzeit nicht erstellt werden kann,

da zwar das Firmen (D***-Zertifikat) und ein Mitarbeiter-Zertifikat gültig waren, jedoch die Zertifizierung 4 weiterer Mitarbeiter ungültig waren.". Damit wäre die Angebotsprüfung bezüglich der präsuntiven Billigstbieterin aber bereits zu beenden gewesen. Die Gewährung weiterer Aufklärungs- bzw Mängelbehebungsmöglichkeiten verstoße gegen die Bestimmungen des BVergG, insbesondere gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Das Angebot der B*** sei daher in rechtmäßiger Weise nicht zuschlagsfähig und aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Hätte die Auftraggeberin dieses Angebot in rechtmäßiger Weise aus dem Verfahren ausgeschieden, hätte dies ein anderes Ergebnis für die Angebotsprüfung und eine andere Bietererhebung gebracht, nämlich mit der Ermittlung der Antragstellerin als Erstgereichte.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf ihr zum Nachprüfungsantrag erstattetes Vorbringen.

Zu den verletzten Rechten werde ausgeführt, dass durch die Rechtswidrigkeit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines und auch Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren(s), insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, verletzt sei sowie weiter in ihrem Recht auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung, Fortsetzung und Beendigung (einschließlich Widerruf) des Vergabeverfahrens (einschließlich dem ordnungsgemäßen und rechtskonformen Abschluss der Rahmenvereinbarung); dies auch unter Einhaltung der Grundsätze des fairen, transparenten und lauterer Wettbewerbs und der Nichtdiskriminierung sowie des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Weiter sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf rechtskonforme Prüfung und Beurteilung aller Angebote sowie der Vornahme des Ausscheidens von Angeboten von Mitbieterinnen bei Vorliegen von Ausscheidensgründen verletzt. Die Antragstellerin sei auch in ihrem Recht auf Vornahme eines rechtskonformen - und auch gesetzeskonform ausgeführten - Abschlusses einer Rahmenvereinbarung sowie der Durchführung erneuter Aufrufe zum Wettbewerb auf Basis der Rahmenvereinbarung unter Heranziehung lediglich nicht auszuschneidender Angebote verletzt sowie weiter auch in ihrem Recht auf Feststellung als erstgereichter Partner der Rahmenvereinbarung ("ursprünglicher Billigstbieter"), von dem auch ein unmittelbarer Abruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgen könne. Schließlich sei die Antragstellerin auch ausdrücklich in all ihren Rechten verletzt, die an dieser Stelle des Antrages nicht ausdrücklich genannt seien, sich aber aus der Gesamtheit des Antrages ergeben würden.

Hinsichtlich des drohenden Schaden erhob die Antragstellerin - zur Bezifferung und Höhe der - ihr Vorbringen zum Antrag auf Nichtigklärung auch zum Vorbringen im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im Hinblick auf den drohenden entgangenen Gewinn sei anzuführen, dass dieser unter Berücksichtigung des Auftragswerts gesamt mit zumindest Euro 100.000 (exklusive USt) angenommen werden könne. Dabei sei evident, dass jedem Bieter beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung aus der unmittelbar von einem anderen Bieter abgerufen werden könne, ein Schaden in Form von Gewinnentgang bzw Verlust des Deckungsbeitrages drohe. Sollte die Antragstellerin aufgrund der bekämpften Entscheidung nicht erstgereichte und damit unmittelbarer "Abrufpartner" sein, entstünde darüber hinaus ein Schaden aus der bisherigen Beteiligung am gegenständlichen Vergabeverfahren durch erhebliche frustrierte Kosten, insbesondere bestehend aus den Angebotserstellungskosten. Im Übrigen seien auch die frustrierten Kosten aus der Durchführung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens, einschließlich Pauschalgebühren und der Kosten der anwaltlichen Vertretung zu berücksichtigen. Abschließend sei im Rahmen der drohenden Aufrechterhaltung der (rechtswidrigen) angefochtenen Entscheidung noch die Chance auf Erlangung eines signifikanten Referenzprojektes für künftige Aufträge zu nennen.

Das erforderliche Interesse am Vertragsabschluss sei bei der Antragstellerin evident, nachdem dies bereits durch die Abgabe eines gesetzes- und ausschreibungskonformen Angebotes hinreichend dargelegt worden sei. Im Übrigen sei das Interesse der Antragstellerin auch durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag belegt. Die Antragstellerin habe ein - weit überwiegendes - Interesse auf Gewährung der einstweiligen Verfügung. Diese überwiegen im Rahmen der Interessenabwägung allfällige Interessen des Antragsgegners sowie Dritter eindeutig. Denn es sei nicht ersichtlich, welcher Schaden dem Auftraggeber bzw auch den öffentlichen Interessen durch die - wenngleich wiederholte, aber dennoch - geringfügige Verzögerung der Auftragsausführung entstehen könnte. Weiters sei nicht ersichtlich, welche höher stehenden Interessen (etwa für Leib und Leben) gefährdet sein sollten, die gleichzeitig auch nicht durch andere Maßnahmen hintangehalten werden könnten.

Diese Nachteile könnten nur durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung abgewendet werden. Dazu werde darauf verwiesen, dass für die Antragstellerin auch die Möglichkeit zur weiteren Teilnahme an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren wirksam gesichert werden müsse.

Die Auftraggeberin legte mit Schriftsatz vom 12. 2. 2013, in Ergänzung der bereits am 4. 12. 2012 dem Bundesvergabeamt zur GZ N/0109-BVA/03/2012 vorgelegten Originalunterlagen die noch ausständigen Originalunterlagen vor und teilte in ihrer Stellungnahme vom selben Tag zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit, auf die Abgabe einer inhaltlichen Stellungnahme zu verzichten.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens Folgendes festgestellt und erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Juli 2012 schrieb die Auftraggeberin die Datennetzverkabelung für die Seminarräume und Hörsäle an der Universität Wien, CPV Code 45311100, laut Angaben der Auftraggeberin als Bauauftrag im offenen Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Unterschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip aus. Gegenstand der Rahmenvereinbarung ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit 5 Unternehmern über die Neuherstellung bzw Ergänzung der bestehenden strukturierten Verkabelung. Die Veröffentlichung auf der Homepage der Auftraggeberin erfolgte am 26. 7. 2012, in der Online Ausgabe des amtlichen Lieferungsanzeigers am 27. 7. 2012 und in der Druckausgabe am 31. 7. 2012.

Die Angebotsöffnung, bei der die Antragstellerin und drei Vertreter der Auftraggeberin anwesend waren, fand am 12. 9. 2012 von 10.10 Uhr bis 10.48 Uhr statt. Neben 8 weiteren Bietern hat auch die Antragstellerin ein Angebot gelegt. Nach erfolgter Angebotsprüfung wurde nach dem Ausscheiden von 4 Bietern das Angebot der Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro 3.220.308,12 (ohne Ust) an 3. Stelle gereiht, jenes der B*** mit einer Angebotssumme von Euro 2.947.063,19 (ohne Ust) wurde an 1. Stelle und das Angebot der G*** mit einer Angebotssumme von Euro 3.68.656,29 (ohne Ust) an

1. 2.Ziffer 2

Stelle gereiht.

In Punkt 000916D (Abruf aus der Rahmenvereinbarung) der Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt

".....

Sofern der AG mehrere Parteien der Rahmenvereinbarung ausgewählt hat, erfolgt der jeweilige konkrete Leistungsabruf (Einzelauftrag oder Beauftragung) aus dieser Rahmenvereinbarung nach einer der folgenden Möglichkeiten, wobei es im freien Ermessen des AG liegt, welcher Möglichkeit er sich bedient:

- -Strichaufzählung
(Unmittelbarer) Abruf aus der Rahmenvereinbarung gemäß Pkt 1 (dieser Position) unten.
- -Strichaufzählung
Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde gemäß Pkt 2 (dieser Position) unten.

1. 1.Ziffer eins

(UNMITTELBARER) ABRUF AUS DER RAHMEN VEREINBARUNG

Bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung ruft der AG Leistungen durch einseitige Willenserklärung unmittelbar auf Basis der Bedingungen und der Preise dieser Rahmenvereinbarung ab. In diesem Fall wird der AG jene Partei beauftragen, welche das günstigste Angebot zur Auswahl der Partner für die Rahmenvereinbarung gelegt hat (ursprünglicher Billigstbieter). Es gilt die Regelung für Mengenänderungen von +/- 30% gemäß Position 000916A. Die Möglichkeit des Leistungsabrufes unmittelbar auf Basis der Rahmenvereinbarung steht dem AG auch nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde gemäß Pkt 2 (vgl diese Position unten) offen. Bei unmittelbarem Abruf aus der Rahmenvereinbarung ruft der AG Leistungen durch einseitige Willenserklärung unmittelbar auf Basis der Bedingungen und der Preise dieser Rahmenvereinbarung ab. In diesem Fall wird der AG jene Partei beauftragen, welche das günstigste Angebot zur Auswahl der Partner für die Rahmenvereinbarung gelegt hat (ursprünglicher

Billigstbieter). Es gilt die Regelung für Mengenänderungen von +/- 30% gemäß Position 000916A. Die Möglichkeit des Leistungsabrufes unmittelbar auf Basis der Rahmenvereinbarung steht dem AG auch nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde gemäß Pkt 2 (vergleiche diese Position unten) offen.

Sollte im Falle des Abrufes unmittelbar aus der Rahmenvereinbarung die für die Einzelbeauftragung in Aussicht genommene Partei - aus welchen Gründen auch immer - die Einzelbeauftragung nicht ausführen (insbesondere die genannten Lieferfristen nicht einhalten bzw erklären, den Auftrag nicht auszuführen oder nicht ausführen zu können), so behält sich der AG vor, bei der nächstgereichten Partei abzurufen.

1. 2.Ziffer 2

ERNEUTER WETTBEWERB

Der AG fordert die Parteien auf Basis dieser Rahmenvereinbarung in Ausschreibungsunterlagen für die Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde schriftlich zur Legung neuer Angebote für einen vom AG näher bestimmten Leistungsteil auf ("Zweite Wettbewerbsrunde" bzw "Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde). Mit diesen Ausschreibungsunterlagen für die Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde können vom AG auch Vervollständigungen, Abänderungen oder Verbesserungen der Bedingungen der Rahmenvereinbarung (insbesondere des Leistungsverzeichnisses) übermittelt werden. Es gilt die Regelung für Mengenänderungen von +130% gemäß Position 000916A.

In der zweiten Wettbewerbsrunde werden die Parteien der Rahmenvereinbarung - sofern die Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde nicht anderes vorsieht - aufgefordert neuerlichen einen Preis anzubieten. Soll danach eine Beauftragung auf Basis dieser zweiten Wettbewerbsrunde erfolgen, so erhält den Zuschlag - sofern die Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde nicht anderes vorsieht - der Bieter bzw die Partei mit dem günstigsten angebotenen Preis (Billigstbieterprinzip) erfolgt.

Die Beauftragung erfolgt dann zu den in dieser Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde festgelegten Bedingungen sowie zu den in dieser zweiten Wettbewerbsrunde angebotenen Preisen.

Die Versendung einer Aufforderung zur zweiten Wettbewerbsrunde verpflichtet den AG nicht zur Vergabe eines Einzelauftrages bzw zum konkreten Leistungsabruf. Der AG behält sich vor, nach Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde in einer Beauftragung überhaupt abzusehen oder eine neuerliche Wettbewerbsrunde durchzuführen. Darüber hinaus behält sich der AG auch vor, trotz Durchführung einer zweiten Wettbewerbsrunde Leistungen unmittelbar aus der Rahmenvereinbarung entsprechend den dort festgelegten Bedingungen und Preisen (siehe Pkt 1 oben) abzurufen....."

Mit Schreiben vom 22.11.2012 teilte die Auftraggeberin den Bietern die Auswahlentscheidung/Entscheidung, mit welchen Bietern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wie folgt mit:

"

Zuschlagsbekanntgabe - Projekt

.....vielen Dank für Ihr Angebot im oben angeführten Vergabeverfahren.

Anbei erhalten Sie die Zuschlagsbekanntgabe samt Bewertung.

Eventuelle Beilagen finden Sie im Menü unter Infomails.

Wir werden uns nach Ablauf der Stillhaltefrist bzw. im Fall der Erhebung

eines Rechtsmittels wieder an Sie wenden....."

Diese Entscheidung der Auftraggeberin vom 22.11.2012 wurde von der Antragstellerin mit Antrag vom 29.11.2012 beim Bundesvergabeamt bekämpft.

Das Bundesvergabeamt hat diesem Antrag mit Bescheid vom 18.1.2013, N/0109-BVA/03/2012-39 stattgegeben und die Entscheidung, der mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig erklärt.

Die Auftraggeberin hat am 1.2.2013 eine "(korrigierte) Bekanntgabe der Auswahlentscheidung" mit welchen Partnern die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, an die Antragstellerin und den folgenden weiteren, noch am Verfahren beteiligten Bietern, übermittelt: B***, H*** und I***.

Diese Entscheidung der Auftraggeberin vom 1.2.2013 wird von der Antragstellerin mit Antrag vom 7.2.2013 beim Bundesvergabeamt bekämpft.

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

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den übermittelten Unterlagen. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Rechtslage

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. 4. 2012, in Kraft getreten. Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.02.2012, novelliert. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 1. 4. 2012, in Kraft getreten. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG idgF sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012,, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1. 4. 2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0009- BVA/03/2013 mit Datum 7. 2. 2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. 4. 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das vor dem 1. 4. 2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, heranzuziehen hat. Da das gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0009- BVA/03/2013 mit Datum 7. 2. 2013 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 1. 4. 2012 anhängig gemacht wurde, sind für dieses Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, maßgeblich.

3.2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG idgF ist die Universität Wien. Für sie gilt nach gemäß § 6 Z 1 das Universitätsgesetz 2002 (UG). Gemäß § 4 UG sind die Universitäten juristische Personen öffentlichen Rechts. Die Universität Wien ist daher öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 15. 3. 2012, N/0006-BVA/12/2012-29). Die Universität Wien Raum-und Ressourcenmanagement fungiert als vergebende Stelle iSd § 2 Z 42 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro 2.500.000 (ohne Ust) und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG. Es handelt sich daher um ein Verfahren im Unterschwellenbereich. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Universität Wien. Für sie gilt nach gemäß Paragraph 6, Ziffer eins, das Universitätsgesetz 2002 (UG). Gemäß Paragraph 4, UG sind die Universitäten

juristische Personen öffentlichen Rechts. Die Universität Wien ist daher öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA 15. 3. 2012, N/0006-BVA/12/2012-29). Die Universität Wien Raum- und Ressourcenmanagement fungiert als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG. Der geschätzte Auftragswert beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro 2.500.000 (ohne Ust) und liegt somit unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG. Es handelt sich daher um ein Verfahren im Unterschwellenbereich.

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

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

Der geltend gemachte drohende Schaden ist hinreichend dargelegt. So stellen nicht nur reine Vermögensschäden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn einen drohenden Schaden iSd § 328 Abs 1 BVergG dar (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065), sondern auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes oder ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² § 320 Rz 7 und T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel² § 328 Rz 29). Die Behauptung muss bloß plausibel sein und muss nicht im Einzelnen dargelegt werden (VwGH 24. 2. 2006, 2004/04/0127, VwSlg 16.842 A/2006). Der drohende Schaden ist im Nachprüfungsantrag und darauf verweisend im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nachvollziehbar dargestellt. Eines detaillierten Nachweises bedarf es nicht, zumal dem Bundesvergabesamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben. Der geltend gemachte drohende Schaden ist hinreichend dargelegt. So stellen nicht nur reine Vermögensschäden wie die Kosten einer frustrierten Angebotserstellung oder entgangener Gewinn einen drohenden Schaden iSd Paragraph 328, Absatz eins, BVergG dar (VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065), sondern auch der drohende Verlust eines Referenzprojektes oder ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (VwGH 24. 2. 2010, 2008/04/0239; 14. 4. 2011, 2008/04/0065; unter Verweis auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² Paragraph 320, Rz 7 und T. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel² Paragraph 328, Rz 29). Die Behauptung muss bloß plausibel sein und muss nicht im Einzelnen dargelegt werden (VwGH 24. 2. 2006, 2004/04/0127, VwSlg 16.842 A/2006). Der drohende Schaden ist im Nachprüfungsantrag und darauf verweisend im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nachvollziehbar dargestellt. Eines detaillierten Nachweises bedarf es nicht, zumal dem Bundesvergabesamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben.

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.

3.3. 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 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin beabsichtigt ist, eine Rahmenvereinbarung mit den ausgewählten 5 Bietern abzuschließen,

dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgeht, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrags 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 ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin beabsichtigt ist, eine Rahmenvereinbarung mit den ausgewählten 5 Bietern abzuschließen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Billigstbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorgeht, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrags 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.

Zweck einer einstweiligen Verfügung ist es, die der Antragstellerin bei Zutreffen ihres 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 einen allfälligen späteren Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Auftraggeberin im Sinne des Vorbringens der Antragstellerin ermöglicht. Bei beabsichtigtem Abschluss der Rahmenvereinbarung durch die Auftraggeberin ist dies dessen vorläufige Untersagung. Es soll somit (lediglich) der Rechtsgestaltungsanspruch dahingehend gesichert werden, durch die einstweilige Verfügung zu verhindern, dass eine nachfolgende im Hauptverfahren allenfalls zu erfolgende Nichtigerklärung unmöglich oder sonst absolut sinnlos wird (zB BVA 17. 5. 2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23).

Demgegenüber hat die Auftraggeberin auf Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung verzichtet. Auch dem Bundesvergabeamt sind keine gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden besonderen öffentlichen Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin 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 ua). In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin 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 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich 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). Weiter 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). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich 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). Weiter 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).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG idGF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung

gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG idgF ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend zu werten.

Bei der Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung handelt es sich um das gelindeste gerade noch zum Ziel führende Mittel.

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 Exekutionsordnung² [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 Exekutionsordnung² [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

angeordnete vorläufige Maßnahme; einstweilige Verfügung;

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2013

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