

# TE Verg Bescheid 2013/1/7 N/0125-BVA/03/2012-EV6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.01.2013

## Norm

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2,

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs3

BVergG 2006 §329 Abs4

BVergG 2006 §345 Abs15 Z3

B-VG Art 14b Abs2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
- 
1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
- 
1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
  2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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 § 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
1. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
  4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
  7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007
1. B-VG Art. 14b heute
  2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006, idF der Novelle BGBl II Nr. 10/2012 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl" der Auftraggeberin Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1050 Wien, vertreten durch X\*\*\*, eingeleitet über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwalt Y\*\*\*, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 vom 28. Dezember 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sibyll Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl" der Auftraggeberin Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, Wiedner Hauptstraße 84-86, 1050 Wien, vertreten durch X\*\*\*, eingeleitet über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwalt Y\*\*\*, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, vom 28. Dezember 2012, wie folgt entschieden:

### Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den zu I. gestellten Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "Generalplanerleistungen für das Bauvorhaben: Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl, Gartenstraße 9, 4820 Bad Ischl", untersagen", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den zu römisch eins. gestellten Nachprüfungsantrag die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren "Generalplanerleistungen für das Bauvorhaben: Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl, Gartenstraße 9, 4820 Bad Ischl", untersagen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Generalplanerleistung Erweiterung und Sanierung der HerzReha Bad Ischl", den Zuschlag zu erteilen.

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

#### Begründung

Die Antragstellerin stellte am 28.12.2012 neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Gebührenersatz, und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

##### 1. 1.Ziffer eins

###### Vorbringen der Parteien

Mit Schriftsatz vom 28.12.2012 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin über die M\*\*\* als "ausschreibende Stelle und Berater im Verfahren" Generalplanerleistungen für das gegenständliche Bauvorhaben in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben habe. Mit Schreiben vom 14.9.2012 sei die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens eingeladen worden. Am 21.12.2012 sei der Antragstellerin per Telefax die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B\*\*\* übermittelt worden.

Die Antragstellerin habe im Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und somit ihr Interesse am Abschluss des Vertrages unter Beweis gestellt. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig. Dadurch entstehe der Antragstellerin durch Entgang des Gewinns, den sie als Bestbieterin erzielen würde, ein Schaden.

#### Gründe der Rechtswidrigkeit:

##### 1. 1.Ziffer eins

###### Unterlassen einer vertieften Prüfung der Angemessenheit der Honorarangebotssumme der in Aussicht genommenen Bestbieterin:

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung enthalte als Begründung für die höhere Punktebewertung der erstgereihten Bieterin durch die Kommission ausschließlich den Hinweis "die angebotenen Honorarsätze sind vergleichsweise die niedrigsten". Bei Berücksichtigung der von der Antragstellerin angegebenen Baukosten bei offenem Anstaltsbetrieb bzw. bei geschlossenem Anstaltsbetrieb, würden sich beim präsumtiven Zuschlagsempfänger ungewöhnlich niedrige Gesamthonorare ergeben. Das Gesamthonorar des präsumtiven Zuschlagsempfängers liege beim offenen Betrieb bei ca. 7,12% der Herstellungskosten und bei geschlossenem Betrieb bei ca. 8,12%. Dies insbesondere unter Berücksichtigung der zwar aufgehobenen, für die Angemessenheit von Generalplanerleistungen aber heute noch den Gradmesser bildenden, HOA 2002, die allein für die Architektenleistungen ein Honorar von ca. 7,4% der Herstellungskosten vorsehe und ca. 12% für die Generalplanerleistungen insgesamt.

Aufgrund der Honorargestaltung des erstgereihten Bieters wäre die Auftraggeberin zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen. Bei dieser hätte sich herausgestellt, dass das Honorar betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sei. Markteinführungsrabatte oder das Bestreben, einen Referenzauftrag zu erlangen, würden vorliegend nicht zum Tragen kommen, da der erstgereichte Bieter auf seiner Homepage bereits eine größere Anzahl von Referenzen im Gesundheitsbereich anführe.

Aufgrund des nicht plausiblen Preises wäre das Angebot des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers auszuschneiden gewesen. Die Antragstellerin werde daher im Recht auf Ausscheiden eines Mitbewerbers verletzt.

##### 1. 2.Ziffer 2

###### Mangelnde Transparenz bei der Beschreibung des Auftrags/keine Aufklärung bei Verhandlung:

Für die ausgeschriebenen Generalplanerleistungen sei wesentlich, wie viele Betten im offenen Anstaltsbetrieb zur Verfügung stehen müssten. Mangels konkreter Angaben in den Ausschreibungsunterlagen sei die Antragstellerin bei ihrer Planung davon ausgegangen, dass in jeder Phase des Umbaus dieselbe Anzahl von Betten, die derzeit vorhanden seien, und ebenso alle Therapie- und Infrastruktureinrichtungen, zur Verfügung stehen müssten. Hierbei handle es sich um Faktoren, die die Bauzeit und das Planungshonorar wesentlich beeinflussen würden. Weder beim Verhandlungsgespräch noch mit Schreiben der Antragstellerin vom 13.12.2012 sei über die Patientenanzahl und das Therapieangebot bei offenem Betrieb vom Auftraggeber Aufklärung zu erlangen gewesen.

Aufgrund der niedrigen Baukosten, die vom erstgereihten Bieter angeboten würden, bestehe die Möglichkeit, dass die vorhandene Bettenanzahl nicht in allen Umbauphasen zur Verfügung stehen werde. Die Antragstellerin sei somit im Recht auf Transparenz und Gleichbehandlung verletzt worden.

#### 1. 3.Ziffer 3

Fehlende Transparenz der Zuschlagskriterien und der Zuschlagsentscheidung:

Die höhere Punktbewertung des erstgereihten Bieters werde ausschließlich mit den angebotenen Honorarsätzen begründet. In den Bereichen "Projekt", "Ausweichquartierlösung" und "Präsentation" sei jedoch die Antragstellerin jeweils höher bewertet worden als der erstgereichte Bieter. Die Punktbewertung sei in diesen Punkten insgesamt weder nachvollziehbar noch überprüfbar. Es fehle, obwohl künstlerisch-ästhetische Beurteilungskriterien in der Minderzahl seien, jegliche verbale Begründung der Punktevergabe. Lediglich das Kommissionsmitglied 5 habe ein unleserliches Wort handschriftlich in der Zeile "verbale Begründung bei Abgehen von empfohlenem Richtwert" vermerkt.

In Pkt. 4.3.2 (Ausweichquartierlösung) lit.a (Entfernung Projektstandort) und lit.d (erzielbare Bettenanzahl) würden in der Zeile "empfohlener Richtwert" Punkte angeführt, die jeweils von 0 bis zur maximalen Punkteanzahl 5 reichen würden. Ein Abgehen vom empfohlenen Richtwert sei in diesen Fällen gar nicht möglich. Solche Bewertungskriterien würden keinen Sinn ergeben. In Pkt. 4.3.2 (Ausweichquartierlösung) Litera a, (Entfernung Projektstandort) und Litera d, (erzielbare Bettenanzahl) würden in der Zeile "empfohlener Richtwert" Punkte angeführt, die jeweils von 0 bis zur maximalen Punkteanzahl 5 reichen würden. Ein Abgehen vom empfohlenen Richtwert sei in diesen Fällen gar nicht möglich. Solche Bewertungskriterien würden keinen Sinn ergeben.

Es falle auf, dass Pkt. 4.3.2 vom fachkundigen Berater des Auftraggebers, der M\*\*\*, mit 15,5 Punkten bewertet worden sei, während sich die Kommissionsmitglieder 2 (4,2 Punkte), 3 (2 Punkte) und 5 (4 Punkte) hievon extrem entfernen würden.

Hier fehle es auch in Ermangelung jeder verbalen Erläuterung an der Nachprüfbarkeit.

Unverständlich seien in Pkt. 4.3.2 die Beurteilungen zu lit.c (Adaptierungskosten/Bett), die von der Antragstellerin mit 0 angegeben worden seien, weil sich das Ausweichquartier im betriebsfähigen Zustand befinde und über eine aufrechte sanitätsrechtliche Bewilligung verfüge, sodass die Betriebsaufnahme ohne nennenswerte Adaptierungskosten möglich sei. Obwohl also keine Kosten anfallen würden und der Berater des Auftraggebers seine Bewertung von 4,5 Punkten abgegeben habe, seien von maximal 5 Punkten von den Kommissionsmitgliedern zwischen 0,5 und 3 Punkte vergeben worden. Unverständlich seien in Pkt. 4.3.2 die Beurteilungen zu Litera c, (Adaptierungskosten/Bett), die von der Antragstellerin mit 0 angegeben worden seien, weil sich das Ausweichquartier im betriebsfähigen Zustand befinde und über eine aufrechte sanitätsrechtliche Bewilligung verfüge, sodass die Betriebsaufnahme ohne nennenswerte Adaptierungskosten möglich sei. Obwohl also keine Kosten anfallen würden und der Berater des Auftraggebers seine Bewertung von 4,5 Punkten abgegeben habe, seien von maximal 5 Punkten von den Kommissionsmitgliedern zwischen 0,5 und 3 Punkte vergeben worden.

Dies gelte auch für Pkt. 4.3.2 lit.d (Erzielbare Bettenanzahl): Obwohl die Ausweichquartierlösung der Antragstellerin 120 bis 145 Betten erziele, also mindestens so viele wie die Einrichtung jetzt aufweise, würden vom Kommissionsmitglied 3 nur 0,5 und von Kommissionsmitglied 5 nur 1 Punkt vergeben werden. Der Berater des Auftraggebers habe eine Bewertung von 5 Punkten abgegeben. Die Bewertung der angeführten Kommissionsmitglieder sei nicht verständlich und nicht nachvollziehbar. Sie widerspreche dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot. Dies gelte auch für Pkt. 4.3.2 Litera d, (Erzielbare Bettenanzahl): Obwohl die Ausweichquartierlösung der Antragstellerin 120 bis 145 Betten erziele, also mindestens so viele wie die Einrichtung jetzt aufweise, würden vom Kommissionsmitglied 3 nur 0,5 und von Kommissionsmitglied 5 nur 1 Punkt vergeben werden. Der Berater des Auftraggebers habe eine Bewertung

von 5 Punkten abgegeben. Die Bewertung der angeführten Kommissionsmitglieder sei nicht verständlich und nicht nachvollziehbar. Sie widerspreche dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot.

Zu Pkt. 4.3.1 der Angebotsunterlagen betrage die Bewertung des Beraters insgesamt 44,25 Punkte. Zu Pkt. 4.3.2 seien es insgesamt 15,5 Punkte. Die Bewertungen der Kommissionsmitglieder seien in den oben bereits aufgezeigten Punkten unverständlich, unbegründet und diskriminierend. Wäre die Bewertung in einer den Vergaberecht entsprechenden Weise erfolgt, würde sich bereits aus diesen Punkten die Erstreichung der Antragstellerin ergeben.

In Pkt. 4.3.5 der Angebotsunterlagen werde die Präsentation bewertet. Obwohl es bei der Präsentation bei geschlossenem Betrieb und offenem Betrieb im Ergebnis keine inhaltlichen Unterschiede gebe und die Kommissionsmitglieder 1, 3 und 4 folgerichtig die Präsentation des Angebotes bei geschlossenem und offenem Betrieb völlig gleich beurteilt hätten, seien von den Kommissionsmitgliedern 2 und 5 stark abweichende Beurteilungen abgegeben worden. Da das Ergebnis in beiden Fällen zumindest in den Subkategorien a, b und d letztlich völlig gleichartig sei, könne eine solche Beurteilung nicht nachvollzogen werden.

In allen diesen Punkten (a - g) sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Auftraggeberentscheidung und in ihrem Recht, nicht diskriminiert zu werden, verletzt.

Neben den bereits angeführten Beschwerdepunkten sei festzuhalten, dass die Rechte der Antragstellerin auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, auf gesetz- und ausschreibungskonforme Bestbieterermittlung und auf Zuschlagserteilung erheblich verletzt worden seien.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass ihr gesamtes bisheriges Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde.

Durch die von der Auftraggeberin beabsichtigte Zuschlagserteilung aufgrund der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung vom 21.12.2012 drohe der Antragstellerin eine Interessenschädigung. Der Schaden entstehe durch den Entgang des Unternehmensgewinns von ca. 10% des Honorars und den Entgang der Projektausführung.

Die Auftraggeberin erstattete am 3.1.2013 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es seien fünf Unternehmer zur Angebotslegung eingeladen worden. Die in der 2. Stufe anonym eingereichten Angebote seien am 16.11.2012 geöffnet worden. Am 29.11.2012, 30.11.2012, 5.12.2012, 7.12.2012 sowie am 14.12.2012 hätten Kommissionssitzungen zur Bestbieterermittlung stattgefunden.

Die Bewertung habe Folgendes ergeben:

B\*\*\* 120,68 Punkte

A\*\*\* 114,68 Punkte

Am 21.12.2012 sei die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht bekannt gegeben worden, der Zuschlag nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab die Auftraggeberin keine inhaltliche Stellungnahme ab.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens Folgendes erwogen:

#### 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 01.04.2012, 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 01.04.2012, 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 01.04.2012 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/0125-BVA/03/2012 mit Datum 28.12.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 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 01.04.2012 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/0125-BVA/03/2012 mit Datum 28.12.2012 protokollierte Nachprüfungsverfahren nach dem 01.04.2012 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 Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Auftraggeber iSd Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG idgF ist die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert. Es handelt sich daher um ein Verfahren im Oberschwellenbereich. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG. Der geschätzte Auftragswert liegt laut Angaben der Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert. Es handelt sich daher um ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

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 idgF iVm Art 14b Abs. 2 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 idgF in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt 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 Bundesvergabeamt auch nicht die Zuständigkeit zukommt, diesen Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich festzustellen oder seinen Ersatz vorzuschreiben.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin 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, der B\*\*\* den Zuschlag zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Bestbieterin 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, der B\*\*\* den Zuschlag zu erteilen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin als Bestbieterin 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 eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. 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 u.a.). 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.

#### **Schlagworte**

Einstweilige Verfügung; Erlassung;

#### **Zuletzt aktualisiert am**

13.02.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

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